INSTITUCIONES

DE

DERECHO CIVIL PATRIO,

ESCRITAS

POR

FERNANDO CRUZ.

TOMO SEGUNDO.

1884.

GUATEMALA.

Tipografía "El Progreso," 8ª C. Poniente núm. 6 bis.

LIBRO SEGUNDO.

De las cosas: del dominio y de los modos de adquirirlo: modificaciones ó desmembraciones del desecho de propiedad; y de su trasmisión por sucesión testamentaria ó intestada.

TITULO PRIMERO.

DE LAS COSAS Y SUS DIVISIONES.

1—En el libro primero de estas Instituciones se ha tratado de las personas: corresponde ahora tratar de las cosas ó bienes sobre que recaen los derechos de las personas, y especialmente del derecho de propiedad, de los modos como ésta se adquiere y trasmite, y de las modificaciones ó desmembraciones que experimenta.

2—La palabra cosa designa en general, *todo lo que*

existe ó puede existir, así es que bajo esta denominacion, se comprenden tanto las que están ó pueden estar en el patrimonio del hombre, como la tierra, los ganados, etc., cuanto aquellas otras que no pueden reducirse á formar parte de los bienes de un individuo, como el aire, la luz, etc. En sentido jurídico, *cosa* se llama *todo lo que está ó puede estar en el patrimonio del hombre;* y en este sentido, las cosas son sinónimo de bienes, y trata de ellas el derecho como objeto de la propiedad, para calificarlas y fijar los medios de adquirirlas.

3—Son objeto de la propiedad las cosas en el sentido jurídico explicado, es decir, las que no están excluidas del comercio, (500 C.) pues hay algunas que, aunque incluidas en la denominación general de la palabra, no entran en la significación legal, ni son materia de apropiación, unas veces por su misma naturaleza; y otras, por disposición de la ley (501 C.) Por su naturaleza están excluidas del comercio aquellas que no pueden ser poseídas por alguno con exclusión de los demás, como el aire, la luz; y por disposición de la ley, las que, aunque susceptibles de apropiación, no pueden reducirse á propiedad particular, por declaración de la misma ley, fundada en razones poderosas de interes social. (502 C.) Así sucede desde luego con los bienes públicos de uso común.

4—Las cosas pueden clasificarse en unas divisiones que proceden de su naturaleza, y en otras que provienen de la calidad del dueño ó poseedor. Por su naturaleza se dividen: 1.° en corporales é incorporales (fr. 1.ª 503 C.): las corporales, en raíces y muebles; y las muebles, en fungibles y no fungibles. Tambien

se dividen en existentes y futuras: litigiosas y no litigiosas: principales y accesorias: universales y singulares: divisibles é indivisibles: preciosas y no preciosas. Por razon del dueño ó poseedor de la cosa, se dividen en públicas, comunes, de ninguno y de particulares. Toca examinar estas divisiones.

PARRAFO PRIMERO.

DIVISIONES DE LAS COSAS ATENDIDA SU NATURALEZA.

I.

5—*Corporales é incorporales.* Los bienes ó cosas que están en el patrimonio del hombre, se dividen en primer lugar, en *corporales é incorporales.* Son corporales, *las que se perciben con los sentidos*, como una casa, un reloj; y *las que no están sujetas á ellos, porque no son materiales, sino de creación jurídica*, son incorporales, como el derecho de servidumbre, la acción para cobrar de una persona la cantidad que adeuda (503 C.). La ley se refiere á esta división al ocupárse de la venta (1502 C.), de la traslación ó cesión de derechos (1632 C.), de la posesión (533 C.) y de las inscripciones en el registro de la propiedad (1.° 2065 C.). Las cosas incorporales son derechos reales ó personales: reales los que se tienen sobre una cosa, sin respecto á la persona, como el de dominio, de herencia, de usufructo, uso ó habitación: de servi-

dumbres reales activas, prenda é hipoteca; y personales ó créditos, los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo ó por disposicion de la ley, tienen la obligacion respectiva, como el del prestamista contra su deudor por el dinero prestado: el del hijo contra su padre, por alimentos.

6—De los derechos reales nacen acciones reales, y de los derechos personales, acciones personales; y unas y otras que son los medios para hacer efectivos los derechos á que se refieren, se comprenden tambien entre las cosas incorporales, y participan del carácter del derecho sobre que recaen. Esta división es de frecuentes aplicaciones en el Código de procedimientos, como en las providencias precautorias (2. ° 270 C. pr.), en el modo de proceder en rebeldía (433 C.), en el juicio ejecutivo para poder seguir la acción contra tercer poseedor (1. ° 968 id.), en la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros (1 ° 1566 C. pr.) y en varios otros casos.

II.

7—*Cosas muebles é inmuebles ó raices.* Las cosas corporales son *muebles* ó *inmuebles*. Muebles, *las que sin alteración, pueden ser llevadas de un lugar á otro*, é inmuebles, *las que no pueden trasportarse* (504 C.); ó mas propiamente, son inmuebles, *las que adhieren fijamente al suelo ó hacen parte permanente de cosas radicadas en él;* y muebles, *las que no adhieren al suelo, y son, por consiguiente, trasportables*. Entre los bienes muebles, hay unos que se

mueven por sí propios, como los animales; y éstos se llaman *semovientes*. Comprendidos como están entre los muebles, se rigen por las disposiciones de éstos; pero hay algunas que se refieren á ellos de un modo especial, como los de la caza y la pesca.

8—La explicación dada respecto de los muebles, es en oposición á los inmuebles, de suerte que si se habla de muebles en general, se comprende en esa expresión todo lo que sin alteración puede trasportarse de un lugar á otro; pero la palabra *muebles* significa á veces también, una especie particular de ellos, esto es, los muebles de una casa, y cuando se hable de éstos, se comprenderá en esa palabra el menaje ó ajuar, pero nó el dinero, los documentos ó papeles, las colecciones científicas ó artísticas, las medallas, láminas, alhajas, los libros ó sus estantes, la ropa de vestir y de cama, los carruajes y caballerías ó sus arreos, los granos, los instrumentos de artes y oficios y demás que no están destinados al adorno y comodidad de ella (120 Dec. de Ref. núm. 272). Con esta declaración, se evitan las dificultades que en casos determinados pudieran encontrarse acerca de la interpretación de cláusulas en contratos y testamentos.

9—Las cosas inmuebles pueden ser tales por su naturaleza ó por su destino. Inmuebles por su naturaleza, son *las que adhieren fijamente al suelo, y no pueden, en consecuencia, trasportarse*, como los campos, estanques, fuentes, edificios, molinos; y en general, cualquiera obra construida con adherencia al suelo para que permanezca allí mientras dure (1. ○ 505 C.). Como puede fácilmente observarse, hay algunos casos en que, mas que la naturaleza de la cosa, figura la accesión al suelo. Son inmuebles por su des-

tino, *los objetos muebles que el propietario de un predio coloca en él para su cultivo ó mejora, para que permanezcan allí perpétuamente*, como las cañerías, las herramientas, las prensas, las semillas, los animales dedicados al cultivo, y todos los objetos destinados al servicio de la heredad (2. ° 505 C.); y esto porque no podrian separarse del fundo sin causarle grave detrimento.

10—Se tienen así mismo como inmuebles, los frutos pendientes y las maderas ántes de cortarse porque hacen parte del árbol ó planta; y tambien los materiales que han formado un edificio y que están separados de él sólo mientras se repara, y todas las cosas colocadas en el fundo para que permanezcan en él perpétuamente (3. ° 505 C.).

11—En esta materia son muy claras y comprensivas las disposiciones del Código Chileno. En él se establece (567 á 575) que son muebles las cosas que pueden trasportarse de un lugar á otro, sea moviéndose ellas á sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que solo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas, exceptuándose las que siendo muebles por naturaleza, se reputan inmuebles por su destino. Inmuebles, ó fincas, ó bienes raices, son las cosas que no pueden trasportarse de un lugar á otro, como las tierras ó minas y las que adhieren permanentemente á ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y heredades se llaman predios ó fundos. Las plantas son inmuebles mientras adhieren al suelo por sus raíces, á menos que estén en macetas ó cajones que puedan trasportarse de un lugar á otro. Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están

permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo, las lozas de un pavimento, los tubos de las cañerías, los utensilios de labranza ó minería, y los animales actualmente destinados al cultivo ó beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca. Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca á mejorarla; las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo, y pertenecen al dueño de éste. Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas ó cualesquiera otros vivares con tal que éstos adhieran al suelo ó sean parte del suelo mismo, ó de un edificio. Los productos de los inmuebles y las cosas accesorias á ellos, como las yerbas de un campo, la madera ó frutos de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, áun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos ó cosas, á otra persona que al dueño. Lo mismo se aplica á la tierra ó arena de un mismo suelo, á los metales de una mina y á las piedras de una cantera. Las cosas de comodidad ú ornato que se elevan ó fijan en las paredes de las casas y pueden removerse fácilmente sin detrimento de las mismas paredes, como estúfas, espejos, cuadros, tapicerías, se reputan muebles. Si los cuadros ó espejos están embutidos en las paredes de manera que formen un mismo cuerpo con ellas, se considerarán parte de ellas, aunque puedan separarse sin detrimento. Las cosas que por ser accesorias á bienes raices se reputan inmuebles, no dejan de serlo por su

separación momentánea, por ejemplo, los bulbos ó cebollas que se arrancan para volverlos á plantar y las lozas ó piedras que se desencajan de su lugar, para hacer alguna construcción ó reparación y con ánimo de volverlas á él. Pero desde que se separan con el objeto de darles diferente destino, dejan de ser inmuebles. Cuando por la ley ó el hombre se usa de la expresion *bienes muebles* sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, segun queda explicado; pero en los muebles de una casa, no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas ó artísticas, los libros ó sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes ó caballerías ó sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general, otras cosas que las que forman el ajuar de una casa.

12—El Código de Comercio considera las naves como muebles (704), pero responden de las deudas comunes y privilegiadas del propietario, y pueden ser perseguidas en poder de tercer poseedor por los respectivos acreedores.

13—Hay muchas consecuencias importantes derivadas de la diferencia de muebles é inmuebles. Se rigen por distintos Estatutos (5 y 15 C). Hay que atender á ella para la enagenación por el guardador ó poseedor provisional en caso de ausencia (10 y 13 Dec. de Ref. núm. 272): para la presunción de la autorización marital (158 C.): para la enagenación de bienes de menores (373 C.): para las donaciones á favor de manos muertas (1.° 150 Dec. de Ref. núm. 272): para la enagenación en caso de separación de bienes (1175 C.): para las servidumbres reales y el derecho

de habitacion (1189 y 1390 C.): para el tiempo de la prescripción (654 C., 125 y 126 Dec. de Ref núm. 272); para los requisitos para la traslación de la propiedad (233 Dec. de Ref. núm. 272): para la rescisión en la venta (1568, 1573, 1578 y 1581 C.): para la diferencia entre la prenda y el anticresis (1983 y 2008 C.): en la hipoteca, la cual solo se constituye sobre inmuebles ó derechos reales (2018 C.).

14—Esa diferencia tiene aplicaciones también para el fuero (88 C. pr. y 23 Dec. de Ref. núm. 273): para la exhibición (263 C. pr.): para el depósito de bienes en las providencias precautorias (291 y 292 id.): para el órden y forma del embargo (925 y 951 id.): para el término de los anuncios de venta (217 Dec. de Ref. núm. 273): para la venta de bienes hereditarios (1382 C. pr.): para la competencia en los juicios hereditarios (266 Dec. de Ref. núm. 273): para las identidades (1425 C. pr.): para la nulidad de las enagenaciones anteriores á un concurso (1446 id.): para la forma de los valúos en el inventario (1600 id.).

III.

15—*Cosas fungibles* y *no fungibles*. Las cosas muebles se dividen en *fungibles* y *no fungibles*. Fungibles, *las que se consumen con el primer uso*, de modo que no puede hacerse de ellas el uso á que naturalmente están destinadas sin que se destruyan, como el vino, la harina, el café; y no fungibles, *las que no se consumen desde luego, sino que pueden prestar el uso á que están destinadas sin destruirse*,

aunque se deterioren con él, como un reloj, una mesa, etc. (507 C.). Las especies monetarias, si bien no se destruyen en sí por el uso que se hace de ellas, se pierden y consumen para el que las empléa, porque perecen y acaban para él en cuanto que ya no puede hacer de ellas otro uso, y en este concepto, son tambien cosas fungibles.

16—Esta division no es de simple teoría. En las cosas fungibles, equivalen completamente las unas á las otras, siendo iguales en cantidad; mientras que en las cosas no fnngibles no hay esa equivalencia. El que recibe 100 quintales de café de una clase dada, cumple estrictamente con devolver 100 quintales de la misma clase: el que recibe 1000 pesos, cumple con devolver otros mil, aunque no sean exactamente los mismos, si son igualmente admisibles por el mismo valor. Aplicaciones prácticas de esta division se presentan para determinar á quien corresponde el dominio de la dote (1121 C. y 202 Dec. de Ref. núm. 272): para la constitución del usufructo (1309 C.): para la distinción entre el mútuo ó préstamo de consumo y el comodato ó préstamo de uso (1903 y 1927 C.): para los efectos del depósito en cuanto al derecho de los propietarios de no entrar en concurso (1. ° 357 Dec. de Ref. núm. 272); y para el pago de cosas recibidas de buena fé (2304 C.).

IV.

17—*Cosas existentes y futuras.* Las primeras son las que tienen una existencia actual, física ó política

y jurídica; y las segundas, las que carecen de ella, ya á consecuencia del curso ordinario de la naturaleza, como los frutos y animales que todavia no han nacido, ya porque sean de aquellas en que entra principalmente el azar y solamente dan una esperanza incierta como sucede con la caza y la pesca (1511 y 1512 C.).

V.

18—*Cosas litigiosas y no litigiosas.* Litigiosas se llaman aquellas respecto de las que hay un pleito pendiente; y no litigiosas todas las demás. Efecto diferente entre las unas y las otras es que la venta de una cosa litigiosa es nula despues de la citación de la demanda (135 Dec. de Ref. núm. 273), si se hubiere anotado debidamente ésta, y á menos que se instruya al comprador de la naturaleza y del estado del pleito que hay sobre ella; y que la hipoteca constituida sobre un bien litigioso, queda expuesta al resultado del juicio, si el actor ha anotado antes la demanda ó por otro medio consta en el registro la calidad litigiosa (2025 C.). Cuando se trata de calificar la solvencia de un fiador, se atiende á sus bienes raices, pero no se consideran para ese objeto, los bienes litigiosos 2242 C.).

VI.

19—*Cosas principales y accesorias.* Esta división

es de mucha importancia en sus efectos, sobre todo en la accesión. En las cosas inmuebles poca dificultad puede ofrecer la determinación de lo que es *principal* y lo que es *accesorio;* pero sí puede presentarse en los muebles. Lo principal es *lo que existe por sí,* y lo accesorio *aquello cuya naturaleza se determina por otra cosa de la cual depende, y á la que se agrega para su perfección, adorno ó complemento,* como la puerta de una casa (614 C.). Tratándose de cosas incorporadas, se reputa siempre principal la que tiene mayor valor (613 C.).

20—Hay cosas que, siendo principales en sí, se convierten en accesorias por el destino que se les dá, como los instrumentos, útiles y animales destinados al servicio y cultivo de una heredad. Por extensión, se consideran accesorios los frutos mientras están pendientes, y los gastos hechos en una cosa, porque se confunden con ella para sus resultados. Aunque los bienes muebles no pueden hipotecarse considerados en sí solos, pueden serlo como accesorios del predio que los produce, ó en el cual están permanentemente colocados (2.° y 3.° 2024 C.); y la hipoteca, áun cuando no se pacte, se extiende á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencerse la obligación (2026 C.).

VII.

21—*Cosas universales y singulares.* Singular es *la cosa que se considera en sí sola,* como un caballo, una casa; y universal, *la que se compone de varias*

que aisladamente son singulares en sí mismas, pero reunidas vienen á constituir un todo jurídico que forma la universalidad. Esta universalidad puede ser de hecho ó de derecho: la de hecho, es el conjunto de diferentes cosas de la misma ó semejante especie que componen un todo, por ejemplo, un almacén, un rebaño: la de derecho se compone de cosas heterogéneas, corporales ó incorporales que, tomadas en conjunto, forman un solo patrimonio, como la dote, la herencia, etc. Está reconocida esta división al tratarse de la comunidad de bienes (2266 y 2268 C.) y tiene aplicaciones en el usufructo (1348 y 1366 C.) y en la venta de derechos hereditarios (1639 á 1643 C.).

VIII.

22—*Cosas divisibles é indivisibles.* Esta clasificación es de mucha importancia cuando una misma cosa pertenece á diferentes personas. Es divisible *aquella de que pueden formarse diferentes partes de las que cada una compone un todo homogéneo y análogo,* como una extension de terreno, una cantidad de dinero: cuando esto no puede hacerse, se llama indivisible, como un libro, un reloj, etc. Esto se extiende tambien á los derechos, los cuales participan de la naturaleza del objeto á que se aplican, así es que se tendrán como legalmente indivisibles los que nacen de una servidumbre ó hipoteca. Generalmente no se atiende solo á la posibilidad de la división, sino tambien á su comodidad, esto es, á que queden útiles y apropiadas las partes en que se hace la distribución.

Se hace aplicación de esto principalmente en la partición de bienes (1043 y 1044 C.), y en la división de cosas comunes (2275 C.).

23—Puede suceder que de los varios dueños de una cosa, cada uno tenga derecho á parte determinada; y puede suceder que el derecho no se refiera á parte determinada sino al conjunto. En el primer caso, se dice que la cosa está *pro diviso;* y en el segundo, que está y se posée *proindiviso.* Se halla esto reconocido y tiene aplicaciones respecto de la posesión (535 C.); en la prescripción, porque una persona no puede adquirir por prescripción la cosa indivisa contra sus copropietarios (637 C.): en la venta respecto de la forma en que debe hacerse la de los bienes que no admiten cómoda división (1631 C.); y en el interdicto de adquirir la posesión (1107, 1108 C. pr.).

IX.

24—*Cosas preciosas y no preciosas.* Preciosas se llaman *las cosas muebles que tienen un valor mucho mayor que el de la generalidad de ellas*, lo cual depende ordinariamente de que se componen de piedras ó metales preciosos. Por lo mismo que tienen un valor que puede equipararse al de los bienes raices, hay en algunos casos disposiciones excepcionales respecto de ellas. Así sucede, por ejemplo, en la enagenación que se haga por el tutor (373, 376 C.) y en la enagenación de los bienes hereditarios (1382 C. pr.).

PARRAFO SEGUNDO.

DIVISIONES DE LAS COSAS POR RAZÓN DEL POSEEDOR A QUIEN PERTENECEN.

25—Las divisiones de que se ha tratado, proceden de las cosas mismas, independientemente del poseedor á quien pertenecen. Hay otra división que se hace atendiendo á la calidad del poseedor ó dueño de los bienes. El dueño puede ser la Nación misma: puede serlo una Corporación, como las Municipalidades: puede serlo una persona particular ó varias que no constituyan corporación legal; y puede no haber ningún poseedor. Atendiendo á ésto, las cosas son públicas ó nacionales, de comunidad, de particulares y de ninguno. Deben distinguirse estos bienes, porque cada clase de ellos se rige por diferentes principios y porque según sea, habrán de aplicarse las disposiciones del derecho público ó administrativo, ó las del derecho civil privado.

I.

26—*Cosas públicas.—Públicas* ó *nacionales* se llaman *las cosas cuyo dominio pertenece á la Nación toda;* y pueden ser, bienes nacionales de uso público;

y bienes del Estado ó fiscales. Serán nacionales de uso público, *si el uso corresponde á todos los habitantes de la Nación*, como los caminos, las calles, el mar territorial; y serán bienes del Estado ó fiscales, *aquellos cuyo uso no pertenece generalmente á los habitantes, aunque sí están destinados para su utilidad*, como las rentas públicas (509 C.), los edificios ó predios rústicos que el Estado posea. Esta diferencia tiene su aplicación, porque considerándose los bienes fiscales como patrimonio de la persona moral que se llama Estado, entran bajo el imperio del derecho común, mientras que los bienes de uso público, como no son susceptibles de propiedad privada, y solo se les asigna un dueño para que no se tengan como abandonados y haya orden en el uso que se haga de ellos, se separan del derecho común.

27—Son bienes nacionales:

1. ○—Los terrenos baldíos, ya estén situados en islas ó en tierras firmes (592 Cód. Fiscal), y son los que no están destinados por la autoridad á un uso público, ni pertenecen en propiedad con título legítimo, á particulares ó corporaciones (593 id.). La propiedad que la Nación tiene sobre los terrenos baldíos, puede ser trasmitida por el Poder Ejecutivo, á guatemaltecos ó extrangeros, siempre que no deban emplearse de preferencia en caminos, nuevas poblaciones, puertos, arsenales, plazas, jardines ó cualesquiera otros usos públicos; ó que se trate de islas de alguna importancia ó de porciones de islas situadas en uno ú otro Océano, cerca de las costas (594, 595 y 597 id.). Conforme al Código Civil, los terrenos baldíos no titulados por el Poder Ejecutivo, eran imprescriptibles y solo podían adquirirse por prescripción positiva, si

habiéndose titulado sin observarse al efecto todos los requisitos que la ley exige, se habían poseído, por el adquirente, por espacio de 20 años (643). El Código Fiscal ha expresado la disposición en otros términos, equiparando en todo la prescripción positiva de los baldíos con la de los demás bienes inmuebles, sin otra diferencia sino que el tiempo que se necesita para aquellos, es de 20 años (596 C. Fisc). Esta disposición es hoy la del artículo 123 del Decreto de Reformas núm. 272.

28—2.° Las minas de oro, plata, cobre, platino, mercurio, zinc, bismuto, cobalto, níquel, estaño, antimonio, arsénico, hierro, manganeso, molibdeno y piedras preciosas, siempre que requieran para su explotación trabajo y operaciones que puedan calificarse como de la industria minera (577 C. y fr. 1.ª 440 C. Fisc.). También las minas de sal, petróleo, carbón de piedra, y demás sustancias fósiles y combustibles minerales que se encuentren en terrenos nacionales, aun cuando éstos pasen en lo sucesivo á propiedad particular (fr. 2.ª 440 C. Fisc.).

29—La explotación de las minas de sal, carbón de piedra y demás fósiles que se encuentren en terrenos de propiedad particular, podrá hacerse libremente por el dueño del terreno, sin mas obligación que la de dar aviso á la autoridad administrativa. (fr. 3.ª 440 C. Fisc.).

30—Las piedras de construcción ó de adorno, las arenas, pizarras, arcillas, cales, turbas, margas y demás sustancias de ésta clase que sean aplicables á la construcción, á la agricultura ó á las artes, serán de explotación común, si se encontraren en terrenos eriales del Estado ó de los Municipios, pero sin perjuicio

del derecho de éstos para conceder á particulares la explotación de las sustancias referidas, bajo reglas y condiciones especiales (442 C. Fisc.).

31—Las arenas auríferas, los depósitos de hierro de trasportación ó de aluvión, y las demás producciones minerales de los rios y placeres en cualquier terreno en que se encuentren, son de libre aprovechamiento, sin necesidad de licencia; pero el que trate de beneficiarlos en establecimientos fijos, puede pedir que se constituya pertenencia minera. (443 C. Fisc.).

32—Las piedras y metales preciosos que se encuentren aislados en la superficie del terreno, pertenecen al primer ocupante (441 C. Fisc.).

33—Las minas forman una propiedad inmueble distinta y separada del terreno ó fundo superficial, aunque aquellas y éstos pertenezcan á un mismo dueño (448 C. Fisc.). Se rigen por las disposiciones comunes á los inmuebles, en lo que no se opongan al Código Fiscal (449 C Fisc.); y aunque inmuebles, si las acciones de ellos ó de una empresa minera se hicieren representar por bonos ó certificados, la propiedad de éstos, y en consecuencia, de las acciones respectivas de minas, se trasferirá válidamente por simple endoso (450 C. Fisc.).

34—Al atribuirse al Estado el dominio de las minas, es porque se ha tenido presente que las creaciones de la naturaleza que yacen en el fondo de la tierra, carecen de dueño, pues el propietario de la parte superior del suelo no es dueño de las profundidades de éste, y está limitado su dominio por la naturaleza de la finca y por el uso ó goce á que está destinada. Pero si es indispensable determinar la propiedad del Estado, tanto para fijar quién es el dueño co-

mo para que haya órden en la concesión y garantía de laboreo y trabajo, se concede á los particulares la facultad de catar y cabar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas referidas, y la de labrarlas y disponer de ellas como dueños, con los requisitos y según las reglas que establecen las leyes fiscales (578 C. y 451 á 458 C. Fisc.). Las minas de metales y piedras preciosas se pueden conceder en propiedad (509 C. Fisc.), y las de sal y de carbón de piedra pueden concederse á particulares, por medio de arrendamientos ó contratas especiales.

35—3. ° *Las aguas;* pero esa propiedad no perjudica los derechos que sobre ellas hayan adquirido las Corporaciones ó particulares, por título legítimo, según lo que establezcan las leyes especiales sobre bienes de propiedad pública (1211 C.); así es que toda concesión de aguas, hecha por autoridad competente, aun cuando no se exprese, se presume y entiende otorgada sin perjuicio de otros derechos anteriormente adquiridos (1232 C). Siendo de dominio público las aguas, el uso es de todos; pero de manera que el que haga cada cual no se oponga al interés público ni al ejercicio de igual derecho por parte de los demás. Así, sea que haya título especial, sea que se use solo por ser de dominio público, nadie puede aprovecharse del agua de los ríos de modo que perjudique la navegación, ni hacer en ellos obras que impidan el libre paso de los barcos ó balsas, ó el uso de otros medios de trasporte fluvial, sin que para ello valga la prescripción ni cualquier otro título. (1212 C). Esta restricción, en el caso de tenerse algún título especial, se tiene como una servidumbre legal, reclamada por la índole especialísima de las aguas, que sirven para las

necesidades mas indispensables de la vida y para los usos mas importantes para el público, como la navegación, la agricultura é industria.

36—Pero si son públicos los puertos y las aguas corrientes de los ríos, las vertientes que nacen y mueren en una misma heredad son, como accesorios de ella, de la propiedad particular de su dueño.

37—4. ° *Las islas que se formen en los mares territoriales ó en los ríos navegables, y aun en los flotables*, que son aquellos en que se navega por sirga ó balsas. (608 y 609 C).

38—5. ° *El mar adyacente*, esto es, el que baña las costas de un Estado. Dueña de éstas la Nación, puede hacer cuanto su defensa, su independencia y su dignidad exijan, considerándose extendido ese derecho hasta donde alcanza el tiro de una bala de cañón; pero la navegación es común á todos los buques nacionales ó extranjeros. Son así mismo del dominio nacional, como parte del territorio, las costas ó fronteras marítimas con sus abras, ensenadas, bahías, radas y puertos, lo mismo que la playa, entendiéndose por tal, el espacio que alternativamente cubren y descubren las aguas hasta donde llegan en las mas altas mareas. El uso de las playas es público, de modo que todos pueden pasear en ellas, lavar, bañarse, embarcarse y desembarcar para paseos de recreo, recoger arenas, conchas, mariscos, etc., con solo las limitaciones que se fijen porque lo exija la defensa ó vigilancia del territorio, la misma utilidad común, ó la defensa de los intereses de la hacienda pública.

39—Se podrá pescar pues, libremente en los mares, y también en los ríos y lagos de uso público con sujeción á los reglamentos municipales, así es que el

uso de las playas debe ser compatible con el beneficio general (547 C). Por lo mismo, los pescadores podrán hacér de las playas del mar el uso necesario para la pesca, secando sus redes, construyendo cabañas, sacando á tierra sus barcos y utensilios y el producto de la pesca, etc.; pero deben abstenerse de hacer uso de los edificios y construcciones que allí hubiere, sin permiso de sus dueños, y de embarazar el uso legítimo de los demás pescadores (548 C). Pueden también, para todo lo dicho, hacer uso de las tierras contiguas hasta la distancia de ocho metros de la playa, pero sin llegar á los edificios y construcciones que dentro de esa distancia hubiere, ni atravesar las cercas, ni introducirse en las arboledas, plantillos ó siembras (549 C). Correlativamente, los dueños de las tierras contiguas á la playa, no pueden poner cercas, ni hacer edificios, construcciones ó cultivos dentro de los ocho metros expresados sino dejando, de trecho en trecho, suficientes y cómodos espacios para ejercer la pesca; y en caso contrario, pueden ocurrir los pescadores á las autoridades locales, para que pongan el conveniente remedio (550 C).

40—Los que pescan en ríos y lagos, no pueden hacer uso de los edificios y terrenos cultivados en las riberas, ni atravesar las cercas, ni pueden hacer uso de las riberas ni del agua de los ríos, de modo que perjudiquen la navegacion, ni hacer obras que impidan el libre paso de los barcos y balsas, ó el uso de otros medios de trasporte fluvial, sin que para ello valga la prescripción ni otro título. (551, 1212 y 1213 C).

41—6.° *Las fortalezas, plazas, puentes, villas y edificios ó predios adquiridos para destinarse al servicio público.* Cerca de éstos, nadie puede edificar ni

plantar sino sujetándose á las condiciones que se exigen en los reglamentos especiales (1266 C).

42—7. ° *Los muelles, ferrocarriles y demás obras de esta clase*, construidas por empresas particulares, cuando haya pasado el término señalado en las contratas respectivas para que pasen á ser propiedad nacional.

43—8. ° *Los bienes declarados nacionalizados*, como los que usufructuaba la Compañía de Jesús (2.° Dec. Mayo 24 de 1872), los que eran de la Comunidad de San Felipe Neri (2. °, Dec. Mayo 27 de 1872), los que pertenecían á las Comunidades religiosas (2. °, Dec. Junio 7 de 1872) y los bienes, edificios y sitios de las monjas, beatas, órdenes, órdenes terceras y demás congregaciones de esta clase que había en la República (4. °, Dec. Febrero 9 de 1874).

44—9. ° *Las cantidades que se recauden por impuestos y contribuciones públicas*, directas ó indirectas, así como la parte respectiva de los comisos que asignen al tesoro nacional las leyes de hacienda, por contrabando, y las penas pecuniarias que se impongan por el mismo motivo. Estas son públicas, porque están destinadas á necesidades y objetos del servicio público; pero es el Ejecutivo el que cuida de su recaudación y administración, y decreta su inversión con arreglo á las leyes. (inc. 7. ° 77 Const).

45—Respecto de los bienes nacionales en que el uso no es público, cabe prescripción considerándose el Estado como particular (642 C.): su venta y arrendamiento, sean bienes ó rentas, se sujetan á lo que prescriben las leyes de hacienda (1645 y 1668 C.), y con sujeción á las mismas debe transigirse sobre ellos. (1841 C).

II.

46—*Cosas de comunidad.* Se llaman de comunidad, *los bienes que pertenecen colectivamente á una ciudad, pueblo ó corporación legalmente reconocidos.* (510 C). Entre estos bienes figuran principalmente los de las Municipalidades.

47—Constituyen los bienes de éstas, los ejidos, los propios y arbitrios. Los ejidos consisten en los campos inmediatos á los pueblos, que son de uso común á todos sus vecinos, y constan de 38 caballerías y dos tercios de otra, ó sea una legua cuadrada, la cual se llamaba ántes *legua de resguardo.* Se estima que tiene en el centro al pueblo á quien pertenece, pero si por la posición en que se halla, á la orilla de una barranca, por ejemplo, ó por estar inmediato á otro pueblo ó á la hacienda titulada de un particular, no pudiera extenderse á todos rumbos, deberá extenderse á los que sean de tierra útil. Y si no la hubiere en su inmediación, puede elegirse otro terreno de los baldíos (2.° Dec. Nbre. 2 1837).

48—Además de estas tierras que por la ley se conceden á todos los pueblos, pueden tener las que hayan comprado á la hacienda pública, según las reglas con que compran los particulares; y respecto de ellas, que se llaman *comunales*, son verdaderos dueños (art. cit.). Los ejidos fueron mandados enajenar por decreto de 13 de Agosto de 1836; pero derogado por otro de 10 de Enero de 1852, los ejidos y demás terrenos de los pueblos, se daban comunmente á censo enfi-

téutico hasta el año de 1877. El Dec. de 8 de Enero de ese año, teniendo en cuenta que la limitación del dominio útil, á que por la naturaleza de la enfiteusis, estaban reducidos los derechos del censatario, y las trabas consiguientes al reconocimiento del dominio directo, producen un obstáculo para la libre trasmisión de la propiedad, que hace bajar su valor y quita los estímulos para mejorarla en beneficio de la agricultura; y que, por su orígen y por las condiciones especiales en que se funda el contrato, es una institución que no está en armonía con los principios de la época; dispuso que se procediera á la redención de los capitales representativos del valor del dominio directo de los terrenos concedidos en enfiteusis, rústicos ó urbanos correspondientes á todos los municipios de la República. Dispuso también, que cuando se poseyeran ejidos, sin previa concesión y sin haberse cubierto canon alguno, se valuara el lote por dos expertos, y el poseedor enterara su valor en los mismos términos que en la redención de terrenos acensuados; y previno igualmente que, para lo sucesivo, no se hicieran concesiones á censo, y que cuando se solicitaran terrenos pertenecientes á Municipalidades, acreditándose que están ó deben estar dentro de sus ejidos ó de otra propiedad comunal, se midieran y sacaran al asta pública con la aprobación del Gobierno.

49—En circular de 15 de Enero de 1877 se explicó el procedimiento que debía seguirse y las ventajas que del decreto de redención reportaban los censatarios y los Municipios. Y habiéndose suscitado algunas dudas referentes á los terrenos de ejidos no acensuados, y también á los que se llaman de comunidad, adquiridos por compra ó cesión, en circular de

19 de Febrero de 1877, se declaró que la redención de los terrenos de comunidad, no es obligatoria á los Municipios, y solo podrán enagenarse á personas radicadas en el propio lugar: que miéntras no se enagenen, se continúe haciendo de ellos los usos acostumbrados; y que á los Jefes departamentales, de acuerdo con el Municipio y atendiendo á las necesidades de cada localidad, toca designar la extensión de ejidos ó de terrenos comunales que sean indispensables para astilleros, postes y otros usos comunes, y la cual no puede enagenarse.

50—Tienen además, los pueblos ó las Municipalidades, sus *propios*, es decir, los edificios, terrenos y demás cosas que exclusivamente les pertenecen para sus gastos: los frutos y los productos de sus bienes cuando se dan en arrendamiento, y las multas que ingresan á ese fondo, llamado *de propios*. (84 Dec. Sbre. 30 de 1879). Tienen, por último, los arbitrios que son los impuestos locales que, con aprobación del Gobierno (97 Const.), establecen sobre algunos artículos de consumo ó ramos de industria, para atender al objeto de su institución, satisfacer sus cargas y cubrir sus gastos (84 Dec. cit.). Estos últimos son *ordinarios* ó *extraordinarios:* los primeros son *los determinados por la ley ó por acuerdos especiales del Gobierno;* los segundos, *los que ocurren eventualmente* (85 id.). Los gastos ordinarios no pueden cubrirse sin la órden de pago del Presidente de la Municipalidad y la conformidad de la Comisión respectiva (86 id.); y los extraordinarios, los acuerda la Municipalidad, previa comprobación de su necesidad y utilidad, en el concepto de que no teniendo estas circunstancias, son personalmente responsables los que los acuerdan (87

y 89 id.). Si los gastos extraordinarios van á hacerse por la Municipalidad de la cabecera del Departamento y exceden de quinientos pesos, deben consultarse al Gobierno: si son de otros pueblos y pasan de cincuenta, á los Jefes Políticos.

51—Los administradores de establecimientos públicos de beneficencia, instrucción ú otro ramo, no pueden vender los bienes que manejan sino en pública subasta y con licencia del Gobierno (fr. 1.ª 1527 C.). Para la transacción que por utilidad manifiesta deba hacerse sobre sus bienes ó rentas, se requiere también licencia del Gobierno (1842 C.). Cuando se trata de enagenar, hipotecar ú obligar bienes de alguna Corporación ó personalidad jurídica, el Jefe de ella debe presentar el proyecto del contrato al Juez de 1.ª Instancia; y éste, con audiencia del ministerio fiscal en la Capital, y del Administrador de Rentas en los Departamentos, mandará ó nó recibir la prueba de expertos. En seguida, y practicadas las diligencias, remite el expediente al Jefe Político del Departamento para que, con su informe, lo eleve al Gobierno, á fin de obtener su licencia para la obligación ó venta, advirtiéndose que para ésta última deben llenarse las mismas formalidades que para la venta de bienes de menores. Para la aprobación judicial del remate, debe preceder la del Gobierno, y en las escrituras de obligación ó venta, intervendrá el Ministerio fiscal ó Administrador de Rentas, según los casos (1711 á 1717 C. pr.).

52—Cuando una servidumbre está constituida á favor de un Municipio ó población, no surte el convenio para librarse de ella, efecto alguno respecto de toda la población, si no se ha celebrado interviniendo

el Síndico del Ayuntamiento (1.° 1308 C.); y cuando se ejecuta en un camino, plazas ó sitios públicos alguna obra nueva que causa perjuicio al común, hay acción popular que puede ejercitarse ante los tribunales comunes, ó ante la autoridad municipal, para que ésta dicte una providencia gubernativa (1184 C. pr).

III.

53—*Cosas de particulares*. Así se llaman *las que pertenecen á una ó mas personas consideradas individualmente*, v. g., á Pedro, á una sociedad ó compañía particular, á todos los herederos de un individuo (511 C). Se llaman también, bienes privados ó patrimoniales, y á ellos se refieren principalmente las disposiciones del derecho civil privado, que si trata de los bienes nacionales ó comunes, es solo en consideración á las relaciones civiles que de ellos pueden resultar.

IV.

54—*Cosas de ninguno*. Se llaman finalmente, de ninguno, *las cosas que, siendo susceptibles de propiedad particular, no están sin embargo, en la de persona alguna* (512 C). Tales son los animales bravíos ó salvajes que andan libres en tierras no cercadas, plantadas ni cultivadas, y los peces en los ríos, mares y lagos de uso público (543 C). Tales son tam-

bién, las piedras, conchas y otras sustancias que arroja el mar y que no presentan señales de dominio anterior (fr. 2.ª 561 C). Las cosas cuya propiedad abandona el dueño, como las monedas arrojadas para que las adquiera el primero que las tome (fr. 3.ª id). Los tesoros (562 C). Los bienes que se encuentran como perdidos y cuyo dueño no aparece (566 C). Las piedras y metales preciosos que se encuentran aislados en la superficie de un terreno (441 C. Fisc.), y las arenas auríferas, depósitos de hierro y demás producciones minerales en los ríos y placeres (443 C. Fisc).

TITULO SEGUNDO.

DEL DERECHO DE PROPIEDAD O DOMINIO Y SUS EFECTOS; Y DE LOS MODOS DE ADQUIRIR.

55—El dominio ó derecho de propiedad es el derecho mas ámplio y absoluto que puede tenerse en una cosa. Va á hablarse de él, tratando 1.° de su naturaleza y elementos: 2.° de su sanción civil y de la expropiación: 3.° de las restricciones que sufre en consideración al interés de la sociedad: 4.° de sus relaciones con el derecho de los demás: 5.° de los modos de adquirir la propiedad; y 6.° de los otros derechos reales.

I.

56—Diversas teorías se han emitido acerca del origen del derecho de propiedad: lo hacen provenir las unas de la ocupación y las otras de la convención; éstas, de la ley civil, y aquellas, del derecho natural; pero lo cierto es que las diversas apreciaciones acerca de su origen, no afectan en nada la necesidad de que sea reconocido y garantido como derecho primitivo y absoluto del hombre, que resulta de su propia naturaleza. Fundado en la constitución de nuestra existencia y en las relaciones que con los demás objetos nos producen nuestras necesidades y deseos, así como es elemento indispensable para la vida, lo es también para la paz, estabilidad y progreso de las sociedades. Las leyes de ésta no lo han creado, y así no pueden atentar á él ni destruirlo; pero sí pueden y deben reglamentarlo y normar su aplicación, y señalar los justos términos en que debe contenerse su ejercicio, que no puede ser ilimitado porque la naturaleza y cultura de la sociedad exigen que el derecho de cada individuo no se extienda hasta perjudicar el derecho de los demás. En este concepto, la propiedad ó dominio es *el derecho de gozar y disponer libremente de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes* (513 C).

57—De esta definición de la propiedad, se deduce que el derecho es absoluto; y en esa virtud, el propietario tiene derecho de *usar de la cosa como mejor le parezca, y de disponer de ella como lo tenga por con-*

veniente (1. °, 3. ° 514); ó lo que es lo mismo, puede usar de ella aprovechándose de sus productos ó utilidades; y puede abusar en sentido jurídico, aprovechándose de la sustancia misma de la cosa, con tal que no se infrinja la ley ni se perjudique el derecho de tercero.

58—Consecuencia también de la naturaleza del derecho de propiedad es que sea exclusivo, de suerte que el que es dueño de una cosa puede excluir á los demás de la posesión ó del uso de ella, y recogerla si se encuentra fuera de su poder (2. ° y 4. ° 514 C). Y esto, porque destinada la propiedad á llenar las necesidades de la existencia y perfeccionamiento del hombre, y siendo limitada como es, los objetos de que alguno se ha apropiado ya para su existencia y comodidad, no pueden tomarse por otro sin atentar contra esos fines y sin provocar por lo mismo, cuestiones y pleitos. Por ser exclusivo el dominio y para asegurarle ese carácter, tiene el propietario el derecho de cerrar y cercar su propiedad en todo ó en parte, á su costa, del modo que mejor le parezca, para evitar los daños que pudieran sobrevenirle, salvas las servidumbres de uso público ó particular que debiere por justo título, incluso el de prescripción (fr. 2. ᵃ 1200 C). Aunque este artículo emplea la palabra obligación, no es tal sino un derecho, y así debe entenderse, tanto por las expresiones, *en todo ó en parte*, cuanto porque así está en el Código de la Baja California, de donde fué tomado; y también, por la salvedad que se hace respecto de las servidumbres.

59—Por igual razón, el propietario puede pedir á los que lo sean de las heredades contiguas, el apeo, deslinde ó amojonamiento de las que respectivamen-

te les pertenecen, si antes no se ha hecho el deslinde, ó si se ha borrado el lindero con el trascurso del tiempo (1244 C). Ese deslinde ó amojonamiento que consiste en fijar los términos de una propiedad, se verifica comunmente, solo en las propiedades rústicas porque en ellas es donde puede caber la confusión, siempre que hay motivo fundado para creer que no son exactos los límites que separan los fundos, ya porque naturalmente se hayan destruido las señales que los marcaban, ya porque éstas se hayan colocado en lugar distinto del primitivo (1221 C. pr.). Si esto último se hace maliciosamente, constituye un hecho sujeto á responsabilidad penal (361 C. Pen.). Debe advertirse que aunque el Código coloca las disposiciones sobre deslinde entre las servidumbres, no es tal servidumbre, porque su objeto solo se refiere á determinar los límites de una propiedad dada. Respecto de fincas urbanas no cabrá el deslinde, porque en ellas no es fácil esa confusión de límites, y si la hubiera, sería mas bien la acción para recobrar el dominio ó la posesión la que habría de intentarse.

II.

60—La ley no puede destruir ni atacar la propiedad sino garantirla y reconocerla, y por eso es un principio constitucional (28 Const.) que *la propiedad es inviolable;* y que *todos pueden libremente disponer de sus bienes, siempre que al hacerlo no contravengan á la ley* (21 id). Esta última parte indica que indispensablemente hay algunas limitaciones ó res-

tricciones, procedentes de que el ejercicio de la propiedad no debe ser perjudicial á la sociedad en general, sino ceder á la necesidad de ésta; y no debe dañar, en cuanto sea posible, el derecho de los otros. Por esto, la misma ley constitutiva estableció también que quedaban absolutamente prohibidas las vinculaciones y toda institución á favor de manos muertas, exceptuando solamente las casas de Beneficencia (fr. 2.ª 21 Const.); y que, por causa de interés público legalmente comprobado, puede decretarse la expropiación; en cuyo caso, el dueño, antes de que su propiedad sea ocupada, recibirá, en moneda efectiva, su justo valor, á menos que sea por causa de guerra, caso en que puede no ser previa la indemnización (28 Const).

61—La expropiación consiste en obligar al dueño de una cosa á ceder su propiedad por su justo valor, cuando hay necesidad de emplearla en un objeto de utilidad pública. La expropiación requiere esencialmente cuatro condiciones: 1.ª que haya un objeto de utilidad pública: 2.ª que para obtenerlo haya necesidad de tomar la propiedad particular: 3.º que la cosa sea justipreciada; y 4.º que se indemnice su valor.

62—Se necesita en primer lugar, que sea por causa de utilidad pública, porque solo ésta puede justificar que se exija á un individuo el sacrificio de su propiedad. Se declarará que hay utilidad pública siempre que se halle interesado el Estado, ó alguna Corporación que haya previamente obtenido permiso del Gobierno, si la obra fuere de beneficio común; como la apertura de un camino general ó departamental, ú otras semejantes, ya sean ejecutadas directamente por el Gobierno, por una Corporación ó por alguna em-

presa concesionaria (art. 2. ° Dec. de 3 de Setiembre de 1861).

63—Se exige además, que haya necesidad de tomar la propiedad para ese objeto de utilidad pública, porque si éste puede alcanzarse sin el sacrificio de la propiedad particular, no hay razón para imponerlo; y así, el artículo que acaba de citarse exige que haya competente justificación de que es indispensable que se enagene ó ceda el todo ó parte de una propiedad para ejecutar la obra proyectada. El artículo 3. ° del mismo Decreto establecía que para hacer la calificación de la necesidad ó utilidad se instruyera un expediente informativo en que se hiciese constar la existencia de esas condiciones, oyéndose, si se estimaba conveniente, el informe de las Corporaciones respectivas, y aun en su caso, el parecer de facultativos y publicándose el proyecto en el periódico oficial del Gobierno.

64—Se necesita también el justiprecio de la cosa para que ni se abuse del individuo particular, ni se deje al arbitrio de éste fijar un precio exajerado que haga imposible la expropiación. El Decreto de que se ha hecho mención, después de consignar que para la declaración de expropiación deben observarse las formas con que se expiden decretos con fuerza de ley, disponía que se pusiera la resolución en conocimiento del propietario, y se fijaba en dos casos para el justiprecio: el de que el propietario no se opusiera á que económicamente se valuara la especie, y el de que hubiera oposición. Si no se oponía, nombraba peritos en el acto ó por separado; y el Gobierno podía convenir en el mismo perito, ó nombrar otro para que procedieran al justiprecio y, bajo relacion jurada, lo pre-

sentaran para su aprobación y para la indemnización. Si el propietario no convenía en que se procediera económicamente, se pasaba el expediente al Juez de 1.ª Instancia para que el propietario y el Fiscal del Gobierno propusieran peritos que extendiesen su avalúo por escrito, en informe jurado, ó declarasen bajo juramento. Habiendo discordia, las partes debían convenir en un tercero, y nombrarlo dentro de tres dias; y de otra suerte, se nombraba de oficio. Si el tercero no adhería al avalúo de ninguno de los dos, el Juez debía sumar las partidas totales de los tres avalúos y declarar que era legítimo precio de la especie el tercio de la suma. Si había acuerdo entre los dos peritos nombrados, ó entre uno de ellos y el tercero, el precio que resultara de ese avalúo era el de la indemnización, y el Juez lo aprobaba, á menos que fundadamente apareciera que había habido colusión ó fraude, en cuyo caso quedaba sin efecto el nombramiento anterior, y se procedía contra los sospechosos. No podía recaer el nombramiento de peritos hecho por el Juez, en ningún empleado público ó persona que recibiera sueldo ó emolumento del Gobierno, ó de algún Establecimiento nacional ó Municipalidad, salvo el caso en que las partes consintieran, lo cual se presumía siempre que no reclamaban contra el nombramiento (4.° y 5.° Dec. cit).

65—El justiprecio sirve para la debida indemnización. Es indispensable hacerla, porque lo que se puede exigir del individuo es que enagene lo que no quería enagenar; pero no que pierda su valor, ya que ésto sería atentar contra su dominio y obligarlo á que él contribuyera exclusivamente, cuando todos son los que deben contribuir por medio de la justa indemni-

zación. Por ésto, mientras no se ha verificado el pago, no puede el Juez dar posesión de la cosa expropiada, á menos que expresamente consienta el vendedor; pero verificado, debe otorgarse por éste, ó en su defecto, y á su nombre, por el Juez, el título de traslación de dominio, ó el que corresponda á la naturaleza del caso. (art. 6. ◦ Dec. cit). Es regla general que la indemnización debe ser previa para garantir al propietario contra las dificultades que, después de entregada la cosa, podría hallar para su pago; mas el caso de guerra es tan grave, que sirve de excepción, pero solo en cuanto á que no debe ser forzosamente previa la indemnización; y nó en cuanto á que no haya de hacerse.

66—Teniendo en cuenta el derecho del propietario que no hizo voluntariamente la enagenación, se halla establecido que si no se llevare á efecto la obra que la motivó, y el Estado ó Corporación expropiadora dispusiere enagenar la cosa expropiada, debe avisarse al dueño anterior, por si quisiere volver á tomarla, y se le dará por el precio de la indemnización y el valor de las mejoras necesarias ó útiles que hubiere, estimadas por peritos y pagadas al contado, salvo convenio (9. ◦ id).

67—En orden á quién corresponda declarar la expropiación, el artículo 1. ◦ del Dec. cit. establecía que era al Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Estado, á no ser que para su ejecución se impusieran contribuciones, que entonces correspondía al Poder Legislativo por iniciativa del Gobierno. La ley constitutiva nada dice terminantemente sobre este punto; pero aunque la Asamblea en Decreto de 30 de Abril de 1880 facultó al Poder Ejecuti-

vo, entre otras cosas, para que durante su receso pudiera acordar, dando cuenta en la próxima Legislatura, las expropiaciones é indemnizaciones necesarias por privilegios de invención ó construcción de nuevas vías férreas, el Decreto de 26 de Enero de 1884 reconoce al Ejecutivo la facultad de hacer la declaración.

68—Se hacía sentir en esta materia, la necesidad de una ley, de acuerdo con las modificaciones que en otros puntos de legislación se han hecho, con los progresos que se han realizado y se están realizando, y con el principio consignado ya en la autorización de la Asamblea, de que, para la indemnización, hay que tener presente que, en muchos casos, de la misma expropiación reporta beneficios el propietario. Esa necesidad la ha llenado en gran parte el Decreto que acaba de citarse. Fundado en que las muchas obras de utilidad pública que demanda el progreso creciente del país, y en especial las de las vías férreas, no podrían acometerse sin grandes y estériles sacrificios si, con respecto á expropiaciones ó indemnizaciones, continuara aplicándose la ley de 3 de Setiembre de 1861, establece en su artículo 1. ° que corresponde al Ejecutivo la declaración, por medio de un acuerdo especial, de que una obra es de utilidad pública; pero no se necesita de tal declaración para las líneas férreas que por su cuenta construya la Nación, ni para las que emprendan los particulares en virtud de contratos que hayan ajustado con el Gobierno, porque el Decreto para la construcción, ó el contrato, llevan naturalmente consigo esa declaración y suponen que se conceden todos los medios para llevarlos á cabo.

69—Para comprobar la necesidad de la expropiación en los casos en que sea preciso ocupar ó tomar

terrenos, edificios, ríos ó materiales de propiedad particular para obras cuya utilidad pública no esté todavía declarada, se forma un expediente ante la Jefatura Política del Departamento en que ha de verificarse la expropiación: se da audiencia al interesado á fin de que exponga lo que crea conveniente; y después, con el informe del Jefe Político, se elevan las diligencias á la Secretaría de Fomento para que ella decida si ha lugar ó nó á la expropiación. A las diligencias debe acompañarse el título de propiedad del fundo ó tierras que se trate de ocupar, para cerciorarse del derecho del interesado y prevenir que resulte después que nó ese sino otro, que ocurra reclamando, era con quien se debía contar.—Cuando la expropiación sea para obras ferrocarrileras que suponen la declaración general, solo se requiere previo aviso al interesado (art. 2º Dec. cit.), sin audiencia.

70—En cuanto al justiprecio, si la Secretaría de Fomento declara que procede la expropiación, se previene al interesado que dentro de un breve término después de la notificación, designe un experto para que, en unión del que nombrare la propia Secretaría ó la Jefatura Departamental, haga el avalúo de las pérdidas que la expropiación causare al propietario. En caso de que no se pongan de acuerdo los expertos, designarán ellos un tercero, que podrá adherirse á la opinión de uno de ellos, ó adoptar un promedio entre ambos avalúos. (Art. 3.º id.). Queda quitada pues, con el objeto de expeditar la ejecución y de excusar formalidades y tramitaciones inútiles, la intervención judicial, y adoptado para todos los casos, un procedimiento puramente administrativo; y si el interesado no quiere designar el experto que le corresponde,

en el término que se le hubiere fijado para hacerlo, la autoridad respectiva lo nombra de oficio (4º Dec. citado).

71—Para fijar la indemnización que ha de darse, ha atendido la ley á que en la generalidad de los casos, las propiedades de que se toma ú ocupa una parte para obras de pública utilidad, reciben, á consecuencia de éstas, positiva mejora: á que sin embargo de eso, la experiencia ha hecho ver que sus dueños acuden con exigencias inmoderadas, tomando la expropiación como un pretexto para hacerse pagar sumas excesivas y dificultar la realización de tales obras; y á que por tanto, debe darse á las indemnizaciones una base mas equitativa y conveniente, de modo que solo se paguen los daños y pérdidas que efectivamente se hayan causado, y se aprecien y tomen en cuenta á la vez las mejoras que las propiedades reciban, ó el aumento de valor que les dé su proximidad á las obras de interés general para las que se toma una parte de ellas. En ese concepto, se establece que los expertos valoren en justicia las pérdidas que el interesado tenga que sufrir á causa de la expropiación, y aprecien las ventajas que de la misma reporte; declarando que no ha lugar á innemnización alguna, si sólo se ocupa una parte de un terreno ó edificio, y la parte que queda al interesado, ha de mejorar de tal modo á consecuencia de la obra, que el aumento de valor que reciba, baste á compensar las pérdidas ó disminuciones que sufra. (Art. 5º id).

72—Por lo que hace al pago de la indemnización, se previene que hecho por los expertos el avalúo de las pérdidas, se pagará su importe, previamente, en dinero efectivo, á quien corresponda, por el Tesoro

público si la obra es nacional, ó si, aun cuando séa de empresas particulares, el Gobierno se ha comprometido á erogar el valor de las indemnizaciones (6. ° id). La empresa particular que tenga que pagar por su cuenta la indemnización, deberá también verificarlo, previamente á la ocupación.

73—Los honorarios que devenguen los expertos, se aprecian, no en relación á la suma en que hayan valorado la indemnización, porque ella no dá la medida del trabajo y los interesaría en hacerla subir, sino en relación al verdadero trabajo que el desempeño de su comisión les haya causado; y se pagarán por la parte expropiadora, como es natural; pero no tendrán derecho los expertos á honorario alguno, si procedieren con ignorancia, negligencia ó mala fe, en castigo de ellas. (7. ° id). Finalmente, en los expedientes sobre indemnización, se actúa en papel común, por razón de su objeto, y no se causa derecho alguno por los procedimientos, ni está sujeto al pago de alcabala el traspaso de las propiedades que se ocupen (8. ° id).

III.

74—La restricción de que no sea contrario el ejercicio de la propiedad, á las leyes y reglamentos que se proponen el interés general, es de legislación común. Así es que no se permite la donación de inmuebles á favor de manos muertas (2. ° 743 C.), ni que pueda dejarse á ellas nada por herencia. (811 C.) Así es también que puede estar prohibida la fabricación libre ó la libre venta de algunos artículos, por moti-

vos de seguridad, ó para formar algunas rentas indispensables, como ha sucedido con la pólvora, el aguardiente, el tabaco: así es igualmente, que no es libre la venta de sustancias venenosas ó medicinas heroicas (Reglam. de Boticas de 24 de Enero 1879): así es también que caen en comiso las bebidas y comestibles adulterados, falsificados ó pervertidos, ó que sean nocivos, ó en que se defraude al público en cantidad ó calidad (422 C. pr.); y así es que las lecherías públicas, las fábricas de aguardiente, cerveza, velas, jabón, curtiembres, depósitos de cueros, coheterías y todas las que puedan dañar á los vecinos no pueden establecerse sino en los suburbios de las poblaciones. (98 Dec. de 30 de Setiembre de 1879).

IV.

75—Hay además otras restricciones establecidas como consecuencia del principio de que en el ejercicio del derecho de propiedad se debe evitar cuanto sea posible, dañar ó perjudicar los derechos de otro, y que debe hacerse lo que siendo indispensable para los demás no perjudica al propietario: de modo que si el derecho de un individuo es un medio indispensable para que otro haga igualmente uso del suyo, sin que resulte ningún detrimento ni menoscabo para aquel, tiene el primero que ceder al segundo una parte de su derecho. Pero si dentro de los límites del ejercicio de la propiedad, se causa detrimento ó incomodidad á otro, no hay por eso solo, motivo para restringirla; así es que si alguno hiciere pozo en su

propiedad, aunque por eso disminuya el agua del abierto en fundo ageno, no está obligado á indemnizar porque no ha impedido ilegítimamente el mismo uso del vecino. No hay obligación de indemnizar los daños causados en el ejercicio de un derecho, á no ser que entre los modos de ejercerlo se haya escogido voluntariamente el que era perjudicial (2296 C).

76—Como restricciones de la propiedad se consideran algunas que provienen del derecho de accesión (589 y 612 C.): la distancia que debe guardarse para ciertas edificaciones y plantaciones (1266 á 1272 C.): las que proceden de las otras servidumbres legales, como la de agua (1203 C.), de paso (1236 C.), de luces y vistas (1274 y 1276 C.) y de desagüe (1279 C.) y la que produce el interdicto de obra peligrosa (1207 á 1211 C. pr).

V.

77—Para adquirir la propiedad se necesitan ciertos hechos que se llaman *modos de adquirir* el dominio: así, la aprehensión de una cosa que no tiene dueño, es modo de adquirir: es modo de adquirir también, la prescripción, ó séa la posesión de una cosa por determinado tiempo y con las circunstancias que la ley requiere: y es modo de adquirir, la tradición ó entrega que el dueño de una cosa hace á otro con ánimo de trasmitirle su propiedad.

78—Generalmente dividen los modos de adquirir en *naturales* y *civiles* y en *originarios* y *derivativos.* La primera de éstas divisiones no está reconocida en

nuestro Código, ni es propia sino ocasionada á equivocaciones porque da margen para suponer que los naturales provienen exclusivamente de la naturaleza, y que los civiles tienen su único fundamento en la ley civil, lo cual no es exacto. La ocupación es uno de los modos que se cuentan entre los naturales y ningún derecho produciría si no fuera porque la ley civil garantiza al ocupante la propiedad de la cosa que él ha aprehendido y que no tenía dueño. La prescripción se enumera entre los modos civiles, y sin embargo, no procede exclusivamente de la ley civil, sino que las razones en que el derecho positivo descansa para establecerla, tienen su fundamento y apoyo en el natural y en principios de justicia y de verdadera conveniencia.

79—Menos impropia es la división que sí hace el Código, en modos *originarios* y modos *derivativos* de adquirir la propiedad. (515 C.) Originarios son *los que confieren la propiedad de una cosa que antes no ha pertenecido á otro*, ó *cuyo dueño es desconocido*; esto es, que producen la adquisición de la propiedad sin que haya trasmisión de ella, de suerte que aquella se verifica por el hecho solo del que adquiere, y no por el concurso de su voluntad con la de otro. Son derivativos *los que trasmiten la propiedad de una persona á otra*, de modo que el derecho del que adquiere, procede y se deriva del derecho del que lo trasfiere; y así, aun en la prescripción pudiera decirse que concurre el hecho del que adquiere mediante ella, y el de la voluntad tácita ó presunta del que deja perder la cosa por su abandono ó falta de gestión. Mas, áun esta división no tiene siempre aplicación exacta, pues entre los modos originarios se coloca por

ejemplo, la accesión, y en ella, especialmente en la industrial, se adquiere muchas veces la propiedad de una cosa que ya pertenecía á otro. La ley enumera entre los modos de adquirir originarios, la ocupación, la accesión y la invención; y como género que comprende á todos los derivativos, está la entrega ó enagenación. En ésta, la ley no hace algunas veces mas que ratificar la voluntad del propietario como en los contratos que trasmiten el dominio y en la sucesión testamentaria; y otras, interpreta y declara la voluntad de la persona, ó suple en los términos mas naturales su falta de expresión, como en la prescripción y la sucesión intestada.

80—Finalmente, suele hacerse mención de modos de adquirir *singulares* y *universales*. Singulares *los que recaen sobre una ó mas cosas determinadas;* y universales, los que como la herencia, *recaen sobre la universalidad de los derechos y obligaciones trasmisibles de otra persona.*

VI.

81—Algunos consideran como único derecho real, el dominio, y tienen á los demás como la herencia, la servidumbre y la prenda, que otros enumeran, como modificaciones, formas ó limitaciones y desmembraciones de él. En realidad, no hay inconveniente en considerarlo así, porque en efecto, el dominio pleno comprende la facultad de usar de una cosa y de disponer libremente de ella y por eso se llama el derecho por excelencia. Puede estar separada la facultad de

usar y aprovecharse de la cosa, y la de disponer de ella, y entonces uno tiene el dominio llamado *útil*, y otro el *directo*, como sucede con mas ó menos restricciones, en las servidumbres de usufructo, uso y habitación. El derecho hereditario no es mas que el mismo dominio que del autor de la herencia se trasmite al heredero, si bien tiene algunas especialidades porque se sucede también en las obligaciones. Las servidumbres reales, la prenda, el arrendamiento inscrito en el registro de la propiedad, no son otra cosa más que desmembraciones ó limitaciones del dominio, pues el propietario, así como puede gozar de un modo absoluto de su derecho, puede en virtud de este mismo, consentir en ciertas restricciones ó desmembraciones de él. Y la posesión, ó acompaña al verdadero dominio, ó hace las veces de éste, porque la ley atribuye al poseedor todos los derechos de dueño, mientras no aparece otro con título mejor.

TITULO TERCERO.

DE LA POSESION.

82—*Posesión se llama la tenencia ó goce de una cosa ó de un derecho con el ánimo de conservarlos para sí* (516 C.): cuando recae sobre derechos ó cosas incorporales, recibe generalmente el nombre de *cuasi-posesión* por no ser posible la posesión verdadera y material; y es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal (533 C).

Se necesita pues, la tenencia de la cosa, si es corporal; y si es incorporal, el goce, como la percepción de los intereses de un capital, el provecho de la luz en una servidumbre de este nombre. Se necesita además, que sea con ánimo de conservar la cosa ó derecho para sí, pues de lo contrario no habrá mas que mera tenencia ó detentación material, las cuales no se convierten en posesión por el simple lapso del tiempo, porque siempre falta la intención de hacer propia la cosa (533 C). Así, hay mera tenencia en el usufructuario, en el acreedor pignoraticio. Va á hablarse primeramente de la naturaleza de la posesión: luego, de sus diferentes divisiones: después, de quienes pueden poseer directamente ó por medio de otro: en seguidas, de los efectos de la posesión: de las responsabilidades de los poseedores: de la pérdida de la posesión; y finalmente, de los privilegios de los poseedores.

I.

83—La posesión no debe confundirse con la propiedad: aunque generalmente van unidas, porque aquella es el signo visible y exterior del dominio, se presentan muchas veces separadas, de tal suerte que el dueño está privado de la posesión, ó el poseedor no tiene derecho de propiedad. Así sucede, según se verá adelante, en todos los casos de prescripción positiva: el legítimo dueño carece de la posesión por cierto tiempo, y otro que no es el dueño, tiene la posesión, posesión que si no va acompañada de ciertas

condiciones, y hasta después de durar el tiempo que fija la ley, no produce el dominio.

84—La posesión es un hecho, que por sí solo no produce derecho; pero hecho que la ley garantiza contra toda perturbación extrajudicial, porque presume siempre la buena fe, y debe impedir toda violencia y toda pretensión de cualquiera de hacerse justicia por sí. Ese hecho de la posesión, con ciertos caracteres, hace presumir el dominio, y por la presunción de éste, nacen varios derechos, como el de entablar los interdictos, el de percibir los frutos, etc. Así pues, el valor de la posesión es el del hecho sensible que revela y manifiesta la propiedad: es un hecho que se presume consiguiente, como efecto natural, al derecho de dominio. Explicado en qué consiste la posesión, toca tratar de sus divisiones, muchas de ellas muy importantes, porque la posesión es un elemento esencial para la adquisición de las cosas por tiempo, y para que sirva para ese objeto es preciso que sea de cierta clase.

II.

85—La posesión puede ser *natural* y *civil.* Es natural *la que se tiene por la aprehensión corporal ó material de la cosa*: es civil *la que se tiene por ministerio de la ley, áun sin necesidad de esta aprehensión.* (516 C.) Como se ve, la ley no confunde posesión natural y mera tenencia: llama posesión natural á la aprehensión, á la conservación material y directa de la cosa; pero siempre suponiendo el ánimo de conser-

varla para sí: llama civil á la que no es directa en la cosa, sino que se ejerce por algún intermedio, ó con la intervención de otra persona. El comprador de un libro, que lo recibe y lo está usando, es poseedor natural: si lo ha dado prestado, mientras dura el préstamo es poseedor civil, porque el que lo recibió con ese título, no puede de buena fe tener el ánimo de apropiárselo, de modo que no posée para sí, sino en nombre del que lo dió prestado: el menor es poseedor civil de los bienes que le pertenecen y están en poder de su tutor, porque éste representa su persona.

86—A diferencia de la posesión natural, la mera tenencia es *la detentación de la cosa, no como dueño ó con ánimo de adquirir, sino poseyendo en lugar y á nombre de otro.* (592 C). Así poséen el comodatario, el arrendatario, el acreedor pignoraticio. La ley sin embargo, no ha sido siempre consecuente en sostener esta diferencia. En el Código de procedimientos civiles, después de establecerse que no puede usar de los interdictos de adquirir y de obra nueva el que posée la cosa con título precario (1093), se define éste para ese efecto, diciendo que es el que sin ser traslativo de dominio directo ó útil, solo confiere la simple tenencia ó posesión natural de la cosa en nombre de otro. (1094). Confunde pues, la mera tenencia con la posesión natural, y se contradice suponiendo que ésta puede verificarse teniendo la cosa en nombre de otro. Sean los que fueren los efectos que quieran atribuirse á la tenencia ó posesión por título precario, éste debería definirse, diciendo que es *el que no es traslativo de dominio, y solo confiere la tenencia de la cosa en nombre de otro.* Así habría concordancia entre las disposiciones citadas, y entre

ellas y la que consigna como consiguiente á que la mera tenencia no es posesión, que el poseedor la conserva, aunque trasfiera la tenencia de la cosa, dándola en arrendamiento, comodato, prenda, depósito, usufructo, ó por cualquier otro título no traslativo de dominio (536 C.); ó séa, como se repite en otro artículo (fr. 2.ª 518 C.), que el que tiene una cosa, á nombre ó por voluntad de otro, no posée para sí, sino para éste. No estando abandonada la cosa ni perdido el derecho á ella, alguno debe poseer legalmente, y puesto que no es ni puede ser posesión la tenencia del detentador, la posesión la conserva el dueño, que solo ha puesto á otro en la aprehensión material de la cosa y en el goce limitado de ella. La posesión es el signo exterior de la propiedad, y se conserva en virtud del mismo dominio que el propietario se ha reservado expresamente.

III.

87—La posesión es también *de buena y de mala fe:* de buena fe *cuando se cree tenerla bien adquirida de aquel á quién se consideraba como dueño de la cosa:* de mala fe, si falta esa convicción (517 C). Si con la seguridad de que Pedro es dueño de un caballo, lo compra Juan y lo tiene en su poder, será poseedor de buena fe: si sabe que Pedro hurtó el caballo, ó si él lo hurta, la posesión será de mala fe. Son distintivos de la mala fe, la convicción de no tener título, ó la de ser vicioso el que se tiene, porque generalmente la buena fe procede de la legitimidad del título. Esta división es importante por la diferente obligación que resulta acerca de restitución de frutos (526 C. é inc.

6. ° art. 560 C. pr.) y porque solo la de buena fe sirve para la adquisición por prescripción (2. ° 646 C).

IV.

88—Puede ser además *pacífica y violenta.* Pacífica es *la que se adquiere sin fuerza ni intimidación* (650 C.); y violenta, *la que se adquiere por fuerza actual ó inminente* (520 C). Será pues, poseedor violento el que arrebata á otro un reloj ú otro objeto mueble cualquiera: el que lanza á alguno de su finca y se apodera de ella; y el que lo ha compelido por medio de amenazas competentes, á abandonar su posesión para tomar él la cosa;y proviene esta calificación del principio de órden público que guía á la ley en esta materia. Esta división interesa, porque la posesión violenta no produce efectos legales (520 C.); y así, no sirve para la prescripción (3. ° 646 C.), y porque obliga al poseedor á la restitución de todos los frutos sin deducción de expensas (527 C).

39—El vicio de violencia existe, sea que se haya empleado contra el dueño verdadero de la cosa, ó contra el que la tenía sin serlo, ó contra el que la tenía en lugar y á nombre de otro (fr. 1. ° 522 C.); porque llevando consigo esos actos de violencia el desprestigio de la autoridad y la disolución del órden social, la ley debe dar á cualquiera que los haya sufrido, una acción privilegiada para la restitución; y como el orígen de la acción no está en la mala fe, ni en la falta de título del despojado, sino en el uso de la fuerza, igualmente pernicioso y reprobado respecto de cual-

quiera detentador, le asiste no solo al que posée con justo título y por sí, sino también al que no lo tiene, ó posée de mala fe, ó en nombre de otro.

90—Es indiferente que la violencia se ejecute directamente por una persona ó por sus agentes, porque ella es responsable de lo que se hace por mandato suyo; y es indiferente también que esos agentes ejecuten la violencia con su consentimiento, ó que después de ejecutada, la ratifique expresa ó tácitamente (fr. 2. ª 522 C.), porque en casos de ésta naturaleza se exige la aplicación del principio de que la ratificación se equipara al mandato.

91—Habrá ratificación tácita por el solo hecho de aceptar y no restituir la cosa que se sabe que fué tomada por violencia de los agentes.

92—La posesión será violenta además, siempre que se haya empleado la fuerza, aunque no sea precisamente en el acto de comenzarla. Así es que el que en ausencia del dueño se apodera de una cosa, y cuando vuelve le repele con la fuerza, es poseedor violento (521 C.), porque el dueño conservaba la posesión de la finca, por el ánimo de volver á ella: al impedírsele entrar, se le despoja de la posesión, y entonces comienza ésta propiamente para el despojador, de suerte que en realidad es adquirida por la fuerza, y por lo mismo violenta.

V.

93—La posesión es *pública y clandestina*. Pública es *la que se disfruta de manera que pueda ser cono-*

cida de aquellos á quienes perjudica (652 C.); y clandestina, *la que se ejerce ocultándola á los que tienen derecho para oponerse á ella.* (523 C). La expresión de la ley, *que se ejerce*, indica que áun cuando el orígen no sea clandestino, la posesión podrá serlo, si durante el tiempo de su ejercicio se oculta á los que tienen derecho, porque se les quitan los medios de saber contra quien han de dirigirse. Sirve esta division para la prescripción (5. ° 646 C,), y para los demás efectos legales, que solo corresponden á la primera (519 C).

VI.

94.—La posesión puede ser también *judicial* y *extrajudicial*: la primera es *la que se da por las autoridades judiciales*; la segunda, *se tiene sin intervención de ellas*. El comprador puede pedir la posesión judicial de la cosa cuya entrega demora el vendedor (1577 C).

VII.

95—Hay finalmente posesión *continua*, que es *la que se conserva sin contradicción legal de ninguna persona*; y posesión *interrumpida* que es *la que ha dejado de correr por algún motivo reconocido por la ley* (651 y 677 C). Sirve esta división principalmente para la prescripción (4. ° 646 C).

96—En materia de continuidad, la ley la presume durante todo un período, siempre que se acredite la posesión en los dos extremos de él (524 C.); de suerte que si alguno acredita que la cosa que hoy posée, la poseía hace diez años, se presume que ha tenido también la posesión en todo el tiempo intermedio. Esto es lo natural y lo que consulta á la seguridad de los poseedores; por eso se establece como presunción, pero presunción que admite, de parte del que impugna la continuidad, prueba en contrario de hechos positivos de interrupción, que muy bien son posibles.

97—No se opone á la continuidad de la posesión el que haya sido trasmitida por sucesión á título universal ó singular; pero respecto de ella rige la siguiente regla. El sucesor á título universal ó singular puede escoger entre comenzar á contar la posesión desde que se le trasmitió, ó aprovecharse también de la de su antecesor y de la de una serie no interrumpida de antecesores; mas en este último caso, debe apropiársela con sus calidades y sus vicios (534 y 644 C). Así, la mala fe del vendedor, mi antecesor, no me perjudica á mí, si comienzo á contar el tiempo desde que entré á poseer de buena fe, porque no puede obligárseme á cargar contra mi propósito, con otra posesión, ó con una cadena no inrerrumpida de otras posesiones anteriores que pudieran inutilizar con sus vicios la posesión mía, legítima y pura. Mas, si yo quiero computar á mi favor esa posesión del comprador, ó la serie de posesiones no interrumpidas de los antecesores de él, lo cual debe permitirse, porque rematando en el poseedor actual, establecen una presunción á favor del derecho con que éste posee; como indivisible la posesión, debe aceptarse tal como es, es decir, con sus efectos

favorables y sus condiciones adversas. Si el comprador era de mala fe, su mala fe no perjudica al heredero ó sucesor singular de buena fe que no cuenta aquella posesión; si la quiere contar, debe perjudicarle del mismo modo que habría perjudicado á su antecesor.

98—Cuando se ha dividido una cosa común que antes se poseía proindiviso, se entiende que cada partícipe, ha poseído exclusivamente durante todo el tiempo que duró la proindivisión, la parte que, hecha la división, le cupiere (fr. 1. § 535 C.), porque habiendo poseido el todo, con mayor razón debe admitirse su posesión en una de las partes de la cosa, cuando se fija cuál es en la que debe tener lugar su derecho. Podrá por tanto, añadir al tiempo de su posesión exclusiva en esa parte, el tiempo de la posesión anterior en común.

VIII.

99—La posesión supone goce y voluntad de conservar para sí; y en consecuencia, no podrá adquirir la posesión el que no puede gozar de la cosa, y tampoco el que no puede tener el ánimo de conservarla. Hay sin embargo, casos en que, aunque no conste directamente la voluntad, la posesión se adquiere, porque la voluntad del que tiene la cosa está dependiente, para ese efecto, de la del poseedor, de suerte que al aprehender la cosa, tiene ó se presume que tiene legalmente la intención de hacerlo para el poseedor; ó porque la voluntad del que vá á adquirir está some-

tida á la del que toma la cosa, de suerte que éste se considéra como representante de la voluntad del primero.

100—La posesión puede adquirirse por convenio, por prescripción, por herencia y por cualquiera otro medio de los reconocidos por la ley para adquirir. Puede adquirirse también interviniendo personalmente, ó por medio de otro; pero para que la posesión se entienda adquirida y mantenida á nombre de otro, es preciso que aparezca ó se pruebe así, pues con el objeto de evitar dudas y cortar cuestiones, la presunción legal en caso contrario, es que *todo poseedor posée para sí* (fr. 1. ª 518 C).

101—Toman posesión sin intervenir personalmente:

1. ° Los hijos por medio de su padre ó madre, como que éstos son sus tutores:

2. ° La muger por medio del marido, que es su representante legal y administrador de sus bienes:

3. ° Los que están sujetos á tutores ó guardadores, por medio de éstos, que por razón de su cargo tienen su representación en todos los actos civiles:

4. ° El poderdante por medio de su apoderado:

5. ° El dueño por medio del arrendatario:

6. ° Los pueblos, las Corporaciones y el Fisco, por medio de las personas que los representan (528 C).

102—En todos estos casos, si el que toma la posesión á nombre de otro comete fraude, ó daña á algun tercero, la responsabilidad es siempre personal de él, por los daños y perjuicios causados, á menos que para abusar haya tenido órdenes ó instrucciones de las personas en cuyo nombre la tomó (530 C). Si las hubiere tenido, la responsabilidad es mancomunada, salvo el caso de que se trate de menores ó incapaces,

porque la ley no puede atribuir á las órdenes ó instrucciones dadas por éstos, el mismo efecto, ni debe suponer que los que los representan se hayan creído obligados á seguirlas conociendo su incapacidad, cuando mas bien éstos deben hacer lo que aquellos les ordenen (581 C). Si las órdenes ó instrucciones se dan con mala fe por persona capaz, y el ejecutor las cree de buena fe, y procede en ese concepto, la responsabilidad debe ser sólo del que las dió: así parece que ha de inferirse de los artículos 580 y 581 y del 2196 C. inc. 1.º y 4.º.

103—La posesión que se toma á nombre de otro por alguna de las personas mencionadas, surte sus efectos para los representados, desde el momento en que se toma, aunque ellos lo ignoren. No sucede lo mismo cuando alguno que no es mandatario ni representante de otro, toma posesión en su nombre, pues para que se entienda que éste poseé, y se le atribuyan los defectos ó cualidades de la posesión, se necesita su conocimiento y aceptación, ya que de otro modo el hecho le es enteramente extraño. En consecuencia, la posesión comienza para él desde el instante del conocimiento y aceptación, y no puede retrotraerse al momento en que se tomó en su nombre (529 C).

IX.

104—*Efectos de la posesión.* La posesión es fuente de derechos muy importantes. Además de ser uno de los elementos principales para adquirir el dominio por prescripción, el que poseé una cosa para sí, sin

violencia ni clandestinamente, tiene los derechos siguientes:

1. ᵒ Es reputado dueño de la cosa mientras no se pruebe lo contrario (1. ᵒ 519 C.), y esto se funda en la semejanza entre la posesión y la propiedad en su manifestación aparente. En consecuencia, el poseedor puede trasferir á otro la posesión, ó celebrar con respecto á ella, cualquier contrato (1419 C).

2. ᵒ No está obligado á responder demanda en juicio sumario de posesión sobre la cosa poseída por mas de un año (2. ᵒ 519 C., 1091, 1158 y 1162 C. pr). La tolerancia del dueño durante todo ese tiempo, indica que reconocía en el poseedor el derecho de tenerla, y por esto, para reclamar ha de hacerlo en juicio ordinario. El artículo 1158 del C. de pr. exige además que la posesión haya sido á vista y ciencia del que demanda, y viene así á completar la disposición del Código Civil, aunque en éste era mas propio haber fijado el requisito. Así pues, si la posesión no ha sido á vista y ciencia del que demanda, aunque haya pasado un año, cabe todavía la acción en juicio sumario.

3. ᵒ No debe ser desposeído de la cosa, si ántes no ha sido citado, oído y vencido en juicio, y tiene en caso contrario, la acción de despojo (3. ᵒ 519 C. y 1162 C. pr). De este modo se acata el principio social de que nadie ha de hacerse justicia sí mismo.

4. ᵒ Es preferido á cualquiera otro que pida la cosa con igual derecho, excepto el caso en que deba darse posesión indivisa (4. ᵒ 519 C). El tiene á su favor la presunción de la ley en virtud de la cual se le reputa dueño y por lo mismo, para privarlo de ella, ha de presentarse un título mas fuerte, porque en i-

gualdad de circunstancias, el principio es que *es de mejor condición el que posée.* La excepción de la posesión indivisa procede de que entonces no se posee la cosa por entero, sino en la parte que deba corresponder á cada comunero cuando se haga la división.

5. ° Hace suyos los frutos de la cosa miéntras la poséa de buena fe (5. ° 519 C). Ese goce forma uno de los elementos y consecuencias naturales de la posesión.

X.

105—*Responsabilidades de los poseedores.* Cuando el poseedor, á consecuencia de un juicio en que se prueba que no tenía derecho á la cosa poseída, es condenado á devolverla, debe hacerlo devolviendo también los frutos con sujeción á las reglas siguientes:

1. ª El poseedor de buena fe está obligado á restituir los frutos percibidos, de cualquiera clase que sean, desde que es citado con la demanda sobre la cosa poseída, deducidas las expensas necesarias y útiles, y tiene derecho de retener la cosa mientras no se le haga el pago. (5. ° 519 y 526 C. y 6. ° 560 C. pr). La apropiación de los frutos anteriores á la citación es consecuencia natural de la posesión de buena fe; pero desde que es citado por el pleito promovido, no se sabe, hasta que no termine, quién tiene el derecho, y por esto, respecto de los percibidos durante ese tiempo, ya no puede decirse otro tanto, sino que declarado el buen derecho del demandante, á éste deben corresponder los frutos. La ley no distingue entre frutos percibidos consumidos y no consumidos,

con el objeto de evitar diferencias y cortar cuestiones.

Tiene el poseedor de buena fe derecho á que se le paguen las expensas necesarias y útiles, porque han sido indispensables para la conservación de la cosa ó han aumentado su valor y benefician al dueño: respecto de las que son puramente de adorno, parece que lo natural es que pueda llevarse las mejoras que las representen, si puede hacerse sin deterioro de la cosa. En cuanto á las mejoras que se deban solo á la naturaleza ó al trascurso del tiempo, son exclusivamente del propietario; pero el poseedor no tendrá tampoco que responder por el deterioro ó pérdida sino en cuanto se haya enriquecido.

2. ᵃ El poseedor de mala fe está obligado á la devolución de todos los frutos, deducidas solo las expensas necesarias, y al resarcimiento de los daños causados por su culpa (525 C). Sabía que no era suya la cosa y que solo abusivamente usaba de ella, y no debe por tanto, sacar ningun provecho. La ley no le da el derecho de retener la cosa hasta que se le paguen: en cuanto á las útiles, parece que podrá retirarlas, si pueden separarse sin detrimento; pero no así con las de puro adorno ó recreo.

3. ° El poseedor que hubiere alcanzado la posesión por fuerza, está obligado á la restitución de frutos, sin dedución de expensa alguna (527 C.), en pena de haber atentado no solo contra un derecho individual sino también contra el derecho social. Como es de mala fe, también resarce los daños causados por su culpa (525 C).

106—En esta materia, ha de tenerse presente que se llaman *expensas* todos los gastos que se hacen en una cosa: son *necesarias*, las que tienen por objeto impe-

dir el deterioro ó destrucción de ella: *útiles*, las que sin pertenecer á esa clase, aumentan el valor ó renta de la cosa en que se ponen; y *de recreo*, las que sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento ó mayor comodidad (1737 C).

XI.

107—*Pérdida de la posesión.* La posesión se pierde:

1. ° Por la destrucción total de la cosa (1. ° 541 C.) por no haber ya materia sobre que recaiga.

2. ° Por el desamparo ó abandono por mas de un año (2. ° 541 C). El desamparo ó abandono demuestra que ha cesado la detención de la cosa; pero aunque de ello sea patente la demostración, no lo es del ánimo;y por eso, para fijarla y tenerla como manifiesta, se requiere que haya durado por el término de un año.

108—Deja de poseerse la cosa desde que faltan la detención y el ánimo, ó éste por lo ménos, como si hay traspaso oneroso ó gratuito de élla: en esos casos, la pérdida es con voluntad del poseedor.

109—Es contra la voluntad de éste, y cesa también la posesión, cuando otro se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya (537 C.); y solo se exceptúan los casos en que la ley dispone en otro sentido, como sucede y se ha expresado respecto de las cosas perdidas. Debe recordarse sin embargo, que la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque este ignore accidentalmente su paradero (538 C.), como acontece, por

ejemplo, con las cosas que sin estar fuera de la casa, se han extraviado en ella, ó con las que se conservan en el lugar en que se guardaron, aunque sea de agena propiedad, cuando solo se ha olvidado el lugar en que se pusieron.

110—En cuanto á las cosas inmuebles, para que cese la posesión registrada, es necesario que el registro se cancele, sea por voluntad de las partes, sea por un nuevo registro, en que el anterior poseedor trasfiera á otro su derecho; sea por decreto judicial. Mientras subsiste el registro, el que se apodera de la cosa á que se refiere el título registrado, no adquiere posesión de ella, ni pone fin á la posesión existente (539 C). Esto es consecuencia de ser necesaria para la trasmisión de las cosas inmuebles, que sea inscrita en el registro de la propiedad (fr. 3.ª 2107, 1.º 2065, 2161 y sigtes. C. y 1135 C. pr).

111—Si el que tiene la cosa mueble en lugar y á nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por la otra, á ménos que el usurpador enagene en su propio nombre la cosa. En ese caso, la persona á quien se enagena adquiere la posesión de la cosa y pone fin á la posesión anterior (540 C). Así, en el ejemplo con que respecto del Código Chileno ilustran sus expositores este punto, si Alberto que posée en mi nombre una cosa mía como comodatario y dándose por dueño, me la usurpa, yo no pierdo mi posesión ni él la adquiere, porque posee á título precario. Pero si él vende la cosa á otro que la compra de buena fe, éste con buena fe y justo título gana una posesión legítima por el hecho de apoderarse de la cosa con ánimo de hacerla suya.

XII.

112—*Privilegios de la posesión.* La posesión tiene los siguientes privilegios, fuera de otros ya mencionados.

1. ° Cuando se demanda acumulativamente la posesión y la propiedad de una misma cosa, prefiere la demanda sobre la primera á la otra sobre la segunda (546 C. pr).

2. ° Demandada la posesión, puede el actor en cualquier estado del juicio, entablar la demanda de propiedad; pero no al contrario (547 C. pr.), porque en la demanda de propiedad, se comprende la posesión por ser ésta uno de los efectos del dominio.

3. ° Si dos ó mas personas demandan á un tercero, pidiendo el uno la posesión y el otro la propiedad de la misma cosa, preferirá la demanda sobre la primera á la que versa sobre la segunda (548 C. pr).

4. ° Las cuestiones sobre adquirir, retener ó recobrar la posesión, se ventilan en juicio sumario (16 ° 1029 y 1086 C. pr.), por la necesidad de fijar pronto la posesión.

TITULO CUARTO.

DE LA OCUPACION.

113—Ocupación es *un modo originario de adquirir el dominio de las cosas que son de ninguno* (542

C.), esto es, de aquellas que pudiendo ser poseídas. no están en propiedad de persona alguna. La ocupación puede recaer sobre cosas animadas ó inanimadas; y así, son especies de ella la caza, la pesca, la invención ó hallazgo y la aprehensión de las cosas perdidas y abandonadas por el dueño. Va á tratarse de cada una de esas especies separadamente.

I.

CAZA Y PESCA.

114—Por medio de la ocupación, ó sea *la aprehensión material de una cosa con intención de hacerla propia*, se adquiere el dominio de los animales bravíos ó salvajes: cuando recae sobre animales que viven en la tierra ó en el aire se llama *caza*, y cuando sobre animales que viven en el agua, *pesca*. No siendo de ninguno esos animales, no hay otro hecho que pueda determinar la propiedad mas que la ocupación: pero cuando ésta ha de tener lugar en heredad de propiedad particular, ha de consultarse al mismo tiempo, que no sea contra la voluntad del dueño ni se le cause daño, porque sería atentar al dominio que en general tiene sobre toda la finca. Debe procurarse al mismo tiempo, que al cazar ó pescar no se empléen medios crueles de exterminio, ni se impida la propagación de los animales persiguiéndolos en las épocas de incubación; pero respecto de ésto á la ley civil no toca entrar en detalles, porque las medidas precautorias y

de conservación que se adopten, son materia de ordenanzas especiales y de las municipales de cada pueblo, y el Código Civil debe limitarse á consignar como lo hace, una declaración en ese sentido (559 C). En este particular, un decreto de 14 de Agosto de 1835 prohibió la pesca con sustancias venenosas, como cal, amol, chilapate, maguey, etc., y estableció para los infractores una multa de cien pesos ó seis meses de prisión.

115—Para el efecto de la ocupación de animales, éstos se dividen en bravíos ó salvajes, domésticos y domesticados. *Bravíos* ó *salvajes*, son *los que viven naturalmente libres ó independientes del hombre, como las fieras y las aves de un bosque, los peces de un lago.* Domésticos son *los que pertenecen á especies que viven ordinariamente en compañía y bajo la dependencia del hombre,* como las ovejas, las gallinas; y *domesticados* son *los que sin embargo de ser salvajes ó bravíos por su naturaleza,* se han *acostumbrado á la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre,* como las abejas, las palomas y otras especies que tienen la costumbre de irse de la querencia y volver á ella (544 C).

116—Los animales domésticos no están sujetos á las reglas que rigen la materia de caza, porque no son animales bravíos y están reducidos como cualquiera otra cosa, á propiedad particular. Respecto de los domesticados, mientras conservan la costumbre de volver al amparo ó dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos; y si pierden esta costumbre, vuelven á la clase de los animales bravíos (fr. 2.ª 544 C).

117—Como aplicación de este principio, está declarado que las abejas que huyen de la colmena y posan

en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven á su libertad natural, y cualquiera puede apoderarse de ellas y de los panales que hayan fabricado, con tal que no lo haga sin permiso del dueño, en tierras agenas cercadas ó cultivadas; ó contra la prohibición del mismo, en las otras; pero al dueño de la colmena no podrá prohibirse que persiga á las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas (556 C). El dueño del enjambre es pues, amparado en la posesión mientras lo lleve á la vista; y por eso debe estar autorizado para entrar persiguiéndolo, en tierras agenas, á fin de recobrarlo, si bien la facultad está limitada respecto de las tierras abiertas ó sin cultivo.

118—Acerca de las palomas, las que abandonan un palomar y se fijan en otro, se consideran ocupadas legítimamente por el dueño del segundo, siempre que éste no se haya valido de alguna industria para atraerlas y aquerenciarlas. En tal caso, estará obligado á la indemnización de todo perjuicio, inclusa la restitución de las especies (557 C). Así éstas como las abejas son por naturaleza salvajes; y solo pertenecen al dueño del palomar en que se encuentran, mientras conservan la costumbre de irse y de volver á la querencia, perdiéndolas cuando ellas han perdido la costumbre de volver.

119—Las disposiciones respecto de abejas y palomas pueden considerarse como ejemplos de aplicación del principio general de la ley á casos particulares, de suerte que comprenden todos los animales domesticados.

120—Por lo que hace á los domésticos, como las vacas, los caballos, las ovejas, se presume que están sujetos á propiedad particular y son de la persona que

los tiene en su poder (559 C.), advirtiéndose que los que sin tener marca agena se encuentran en las tierras ó propiedades, se presumen propios del dueño de éstas, mientras no se pruebe lo contrario. (588 C). El dueño de animales domésticos fugitivos conserva el dominio sobre ellos, aun cuando hayan entrado en tierras agenas, salvo en cuanto las ordenanzas de policía rural ó urbana establecieren lo contrario (560 C).

121—Respecto de los animales bravíos ó salvajes, tiene aplicación lo relativo á la caza y á la pesca. Las disposiciones de la ley en estas materias tienen por objeto señalar los lugares donde es permitido cazar, defender la propiedad contra los abusos de cazadores y pescadores; determinar los derechos respectivos de éstos y del dueño de las tierras contiguas á las playas; y fijar el punto en que se adquiere el dominio sobre el animal que se persigue ó acecha.

122—En cuanto al lugar, no se puede cazar sino en tierras propias, ó en las agenas con permiso del dueño; pero no será necesario este permiso, sino que se presumirá su existencia, si las tierras no estuvieren cercadas, ni plantadas, ni cultivadas, presunción que solo desaparece cuando el dueño ha prohibido expresamente cazar en ellas y notificado la prohibición. (545 C). Como sanción se establece que si alguno cazare en tierras agenas sin permiso del dueño, cuando por la ley está obligado á obtenerlo, lo que caze será para el dueño, á quien además indemnizará de todo perjuicio (546 C.), con lo cual se garantiza eficazmente el derecho de propiedad. Es de advertir que queda obligado á reparar los daños que cause á cualquiera, el que caze con armas de fuego ó ponga trampas en camino ó lugar público (5. ° 2283 C.); y que además,

se tiene como una falta que se castiga con multa de uno á cinco pesos el hecho de entrar á cazar ó pescar en heredad cerrada ó campo vedado sin permiso del dueño (1. ○ 431 C. Pen).

123—Por lo que hace á los lugares de pescar, se puede hacer libremente en los mares y también en los ríos y en los lagos de uso público (547 C).

124—En cuanto á derechos de los pescadores y de los dueños de las heredades ribereñas, como concedido el derecho de pesca, debe forzosamente concederse el de las playas en lo que sean indispensables para aquel objeto, los pescadores pueden hacer de las playas del mar el uso necesario para la pesca, construyendo cabañas, sacando á tierra sus barcos y utensilios y el producto de la pesca, secando sus redes, etc.; pero deben respetar el derecho legítimo del propietario y de los demás, absteniéndose de hacer uso de los edificios ó construcciones que alli hubiere, sin permiso de sus dueños, y de embarazar el uso legítimo de los demás pescadores. (548 C). En conformidad con esta disposición, está prohibido impedir ó embarazar el uso de las riberas ó usar del agua de los ríos en cuanto fuere necesario para que no se perjudique la navegación ó el libre paso de los barcos ó balsas, y el uso de todos los medios de trasporte fluvial; sin que para ello valga la prescripción ni otro título (1212 y 1213 C).

125—Pueden también los pescadores, para lo que antes se ha expresado, hacer uso de las tierras contiguas hasta la distancia de ocho metros de la playa; pero sin llegar á los edificios ó construcciones que dentro de esa distancia hubiere, ni atravesar las cercas, ni introducirse en las arboledas, plantíos ó siem-

bras. (549 C). Así se toman en cuenta los intereses de los pescadores y los de los propietarios ribereños, pues si bien se fija un radio competente en que puedan moverse los pescadores, se les prohibe pasar mas allá de él y tocar las construcciones que fuera de él hubiere. Los dueños no pierden su dominio en esos ocho metros sino que propiamente están sujetos en ellos á una servidumbre legal. En virtud de ella, no pueden poner cercas, ni hacer edificios, construcciones ó cultivos dentro de los ocho metros si no es dejando, de trecho en trecho, suficientes y cómodos espacios para ejercer la pesca. Y si faltaren á ésta prevención, los pescadores tienen expedito su recurso para acudir á las autoridades locales á fin de que pongan el conveniente remedio. (550 C). Los ocho metros deben contarse desde la línea de la mas alta marea, puesto que allí terminan las playas de las que pueden usar los pescadores. (548 C). Ha de tenerse presente que los que pescan en ríos y lagos no pueden hacer uso alguno de los edificios y terrenos cultivados en las riberas, ni atravesar las cercas (551 C.): no son tan privilegiados como los pescadores de mar, porque los ríos y lagos no tienen como éste playas estériles, sino que las riberas inmediatas están destinadas á aprovecharse, según su naturaleza; pero sí podrán servirse de ellas para secar sus redes, sacar sus peces, echar á tierra sus barcas, amarrarlas á los árboles y para todos los demás menesteres propios de la pesca, porque todo esto lleva en sí implícitamente el derecho de pescar.

126—En lo que se refiere al momento en que por medio de la caza ó pesca se adquiere el dominio del animal bravío, la ley establece que se entiende que

el cazador ó pescador se apodera de él y lo hace suyo desde el instante en que lo ha herido de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo; ó desde el punto en que el animal ha caído en sus trampas ó redes, con tal que las haya armado ó tendido en paraje en que le sea lícito cazar ó pescar (552 C). Cierto es que la ocupación supone la aprehensión corporal y el ánimo de hacer propia la cosa, y falta aquí la posesión completa; pero para el cazador ó pescador el hecho de herir gravemente á un animal,ó el de que éste haya caído en sus trampas ó redes, unido al ánimo de hacerlo suyo, constituye un principio de ocupación, cuyas legítimas consecuencias debe amparar la ley mientras continúe en la persecución ó subsista el animal en la trampa ó lazo. Pero si el animal herido entra en tierras agenas, donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, puede éste hacerlo suyo (553 C).

127—En consonancia con lo que ya se ha dicho, no es lícito á un cazador ó pescador perseguir al animal bravío que es perseguido por otro cazador ó pescador; y si lo hiciere sin su consentimiento y se apoderare de él, podrá el otro recobrarlo como suyo (554 C). Esto no es lo mas conforme al rigorismo de los principios antiguos sobre ocupación, pero sí á las inspiraciones de la equidad natural, pues si un cazador ha descubierto un ciervo, ó visto antes que nadie un pescado, no es justo que otro, aprovechándose de su descubrimiento, persiga y dé caza al animal que él habia sorprendido primero.

128—El dominio sobre los animales bravíos adquiridos por la ocupación, se mantiene por la posesión y se pierde con ella. Así es que cuando se escapan del

poder de quién los tenía y recobran su libertad natural, puede cualquiera hacerlos suyos; y por tanto, los animales salvajes pertenecen al dueño de las jaulas, pajareras, conejeras, colmenas, estanques ó corrales en que estuvieren encerrados; pero luego que recobran su libertad natural, puede cualquiera persona apoderarse de ellos y hacerlos suyos, con tal que no vaya el dueño en su seguimiento, teniéndolos á la vista; y con tál que por lo demás, no se les persiga en tierras agenas sin permiso del dueño (555 C).

II.

INVENCIÓN Ó HALLAZGO.

129—*La ocupación de las cosas inanimadas que se encuentran y no pertenecen á ninguno*, se llama *invención ó hallazgo* (fr. 1.ª 561 C). De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras sustancias que arroja el mar y que no presentan señales de dominio anterior. Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante (2.ª y 3.ª 561 C). La ocupación de las cosas que evidentemente jamás han sido de ninguno, y la de las otras que han sido manifiesta y voluntariamente abandonadas por el dueño, no puede ofrecer ninguna dificultad; y así, de lo que ha de tratarse especialmente es del tesoro y de las co-

sas perdidas ó abandonadas contra la voluntad del dueño.

130—Es una especie de invención ó hallazgo el descubrimiento de un tesoro. Constituyen tesoro, la *moneda, joyas ú otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados ó escondidos sin que haya memoria ó indicio de su dueño.* (562 C). No debe regirse por las mismas reglas, que las cosas nunca poseídas por el hombre, porque se compone de objetos elaborados por éste; ni por las mismas que las cosas voluntariamente abandonadas, porque el dueño, al esconderlo en lugar seguro, lejos de demostrar intención de abandonarlo, la demuestra de conservarlo; y sus reglas por lo mismo, deben guardar mas analogía con la de las cosas perdidas sin voluntad del dueño.

131—El tesoro encontrado en terreno ageno se divide por partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento; pero ésta última no tendrá derecho á su porción sino cuando el descubrimiento haya sido fortuito, ó se haya buscado el tesoro con permiso del dueño del terreno. En los demás casos, ó cuando sea una misma persona el dueño del terreno y el descubridor, pertenece todo el tesoro al dueño del terreno. (563 C). El propietario de una heredad no puede alegar dominio en el depósito ageno escondido en sus terrenos, porque ni es fruto de éstos, ni puede considerarse como accesión: por eso la ley dispone del dominio dando una parte al dueño del terreno, por su propiedad; y otra al descubridor, por la invención. A diferencia de lo que pasa con las minas, para buscar el tesoro la ley no permite catar ó cavar en propiedad agena; porque

el tesoro se halla generalmente en habitaciones ó terrenos cultivados; y por esto el descubridor solo tiene parte cuando la invención es casual, ó ha buscado el tesoro con permiso del dueño del terreno; y para estimular á éste á que lo conceda, facilitando la extracción de esos valores perdidos, se adjudica la mitad del tesoro al propietario. Si el edificio ó terreno en que está el tesoro es público ó nacional, la mitad pertenecerá al Estado. Ese permiso respecto del que no se presenta como dueño del tesoro, queda enteramente al arbitrio del propietario de la heredad; pero cuando alguno reclama un tesoro que asegura tener escondido en terreno ageno, puede exigir del dueño de la heredad licencia de cavar en el suelo para sacarlo; y si señalare el paraje en que está, y diere competente seguridad de que probará su derecho sobre él, y de que indemnizará de todo perjuicio al dueño de la heredad ó edificio, no podrá éste negar el permiso ni oponerse á la extracción de los dineros ó alhajas. (564 C). Aquí no se aplica la doctrina del tesoro por ser conocido el dueño del depósito enterrado: el que pide el permiso no es simplemente poseedor del secreto del tesoro, sino verdadero dueño de éste; y por tanto, no puede dejarse al arbitrio del propietario del fundo, conceder ó negar el permiso, porque sería dejarlo tomarse la propiedad agena.

132—Si en el caso de que acaba de tratarse, no se prueba, teniendo como parte al dueño del terreno, el derecho sobre los dineros ó alhajas, los cuales mientras tanto, deben estar depositados, se considerarán como bienes perdidos ó como tesoro encontrado en suelo ageno, segun los antecedentes y señales; y en éste último caso, deducidos los costos, se dividirá el

tesoro por partes iguales entre el denunciador y el dueño del suelo; pero no podrá éste pedir indemnización de perjuicios, á menos que renuncie su porción (565 C).

133—Si el entierro de los dineros ó alhajas es antiguo, tiene los caracteres del tesoro: si es reciente, no puede comprenderse sino entre las cosas perdidas. Para calificar si es antiguo ó reciente, sirven las señales de la excavación, la fecha de la acuñación de las monedas, la forma, clase y estilo de las alhajas. En el caso de tenerse como tesoro, se aplican las reglas de éste, y deducidos los gastos, se adjudica la mitad al solicitante, porque si bien no ha probado dominio, no ha perdido el carácter de descubridor por lo menos; y en consecuencia, debe ser recompensado siquiera como tal. El dueño del suelo no puede reclamar perjuicios, porque éstos se presumen suficientemente indemnizados con la mitad del tesoro que hace suyo.

III.

BIENES MOSTRENCOS.

134—Las cosas abandonadas sin voluntad del dueño, comprenden las perdidas y las abandonadas por fuerza mayor.

135—Respecto de las primeras, la persona que encuentra alguna especie de muebles, al parecer perdidos, debe ponerla á disposición de su dueño (566 C.);

y si no se presenta nadie que pruebe ser suya, la entregará al Jefe del Departamento, en las cabeceras, y al Alcalde respectivo en los otros pueblos (567 C). Estos funcionarios deben dar aviso del hallazgo en un periódico del Departamento, si lo hubiere, y en carteles públicos que se fijarán en tres de los parajes mas frecuentados del mismo. El aviso designará el género, calidad y señales particulares de la especie, y el dia y lugar del hallazgo. Si no apareciere el dueño, se dará este aviso hasta por tercera vez, mediando quince dias de un aviso á otro (568 C. 1801 C. pr). De esta suerte, se resguarda el derecho del dueño con la publicidad que se da al hallazgo para que llegue á su noticia el descubrimiento; y mediante esa publicidad, puede ocurrir el caso de que el dueño se presente, ó de que no lo haya.

136—Si en los treinta dias siguientes al aviso último, no se presenta persona que justifique su dominio, se vende la especie en pública subasta, se deducen del producto las expensas de aprehensión, conservación y demás que se hubieren causado, y del remanente se adjudica una tercera parte al inventor, y las dos restantes á la Universidad nacional, hoy á las Facultades que la han reemplazado (569 C. y 1802 C. pr). Esa tercera parte que se da al inventor, sirve como de prima por haber salvado la especie, al propio tiempo que es un estímulo para su entrega; y pudiendo ser que en algunos casos no alcance ese estímulo, se ha establecido además que la persona que haya omitido presentar á la autoridad la cosa ó especie encontrada, pierde su porción en favor de la misma Universidad ó Facultades, quedando también sujeta á la acción de perjuicios, y según las circunstancias, á la pena de hur-

to (570 C). Las circunstancias para quedar sujeto á esa pena, deben ser, conforme al inciso 2. ° artículo 355 C. pen., saber quien es el dueño de la cosa, y apropiársela con intención de lucro; pero no se encuentra razón para exigir la primera de éstas condiciones, y el hurto existe desde que es seguro que la cosa ha de tener algun dueño. Propiamente, ha de ser que si no se justifica ó disculpa legalmente la omisión de la entrega, hay lugar á la pena de hurto porque se presume que quiso hacerse ocultación de lo ageno; y que el que rinde prueba contra esa presunción, se liberta de la pena; pero siempre la omisión en la entrega causa la pérdida de su parte en la cosa.

137—Así pues, cuando ya se dieron al dueño todas las facilidades para recobrar la cosa, y deja pasar treinta dias sin reclamarla, se presume que la abandona.

138—Si el dueño de la cosa perdida ocurre reclamándola dentro de los treinta dias siguientes al último aviso, es claro que debe serle entregada, previo abono de los gastos de custodia y conservación: si se presenta después de los treinta dias, pero antes de la subasta, debe entregársele también en los mismos términos, porque mientras no sea enagenada, conserva su dominio en ella. (1803 C. pr). Para ninguno de estos casos hace la ley asignación en favor del inventor, y acaso sería conveniente que algo se le diera, á juicio de la autoridad, como lo previenen otros Códigos.

139—Subastada la especie después de los treinta dias, se considera irrevocablemente perdida para el dueño (1804 C. pr.), porque hubo traslación de dominio y debe surtir todos sus efectos cuando no se ha recla-

mado la propiedad, sea cual fuere la causa, en el término legal.

140—Si la especie fuere corruptible, ó su custodia y conservación dispendiosas, pueden reducirse los plazos á juicio de la autoridad correspondiente (1805 C. pr.); pero entonces, es natural que, si se presenta el dueño ántes de espirar los treinta dias del último aviso, tenga derecho al precio, deducidas las expensas, pues no debe perjudicarle la naturaleza de la cosa perdida.

141—En cuanto á las especies náufragas, no hay lugar á invención, por no presumirse abandonadas por sus dueños las cosas que los navegantes arrojan al mar para aligerar la nave (fr. 3. ᵅ 561 C).

142—Si naufragare algun buque en las costas de la República, ó si el mar arrojare á ellas sus fragmentos ó efectos pertenecientes, segun las apariencias, al aparejo ó carga, las personas que los vean ó lo sepan, denunciarán el hecho á la autoridad competente, asegurando entre tanto los efectos que sea posible salvar, para restituirlos á quien de derecho corresponde. Los que se las apropiaren, quedan sujetos á la accion de perjuicios y á la pena de hurto (572 C).

143—La ley no fija para estos casos los términos ni la forma del procedimiento, ni declara expresamente lo que debe hacerse si no se presenta el dueño, y sería conveniente hacerlo, pues de lo contrario habrá que estarse á lo dispuesto en general respecto de cosas perdidas.

144—Las especies náufragas que se salvaren, deben restituirse por la autoridad á los interesados, mediante el pago de las expensas únicamente (573 C.); entendiéndose desde luego todo lo dicho sin perjuicio

de las estipulaciones sobre la materia con las naciones extranjeras, y de los reglamentos fiscales para el almacenaje y la internación de las especies.

145—En lo que se refiere á la especie de ocupación llamada invención bélica, y en cuanto á las presas marítimas, es el derecho de gentes y no el derecho civil privado, el que rige y tiene aplicación. Así lo consigna nuestro Código al declarar que lo que se tome á los enemigos en tiempo de guerra, ora pertenezca á ellos, ora á neutrales ó nacionales, queda sujeto á los preceptos del derecho internacional; y que á los preceptos del mismo derecho quedan sujetas las presas hechas por bandidos, piratas ó insurjentes (574 y 575 C).

TITULO QUINTO.

DE LA ACCESION.

146—En el presente título va á tratarse 1.° de la accesión, su naturaleza y especies. 2.° de los frutos y sus divisiones: 3.° de la accesión por incorporación á las cosas inmuebles; y 4.° de la accesión por incorporación á las cosas muebles.

I.

147—El derecho de propiedad no se limita solo á la cosa sobre que directamente recae, sino que tambien se extiende á los incrementos que tenga, los cuales toman el nombre de *accesión*. En virtud del principio general de que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*, todo lo que produce una cosa, lo que

forma parte de ella como mejora, y lo que se le une ó incorpora, natural ó artificialmente, pertenece al dueño de la misma. En tal concepto, la accesión puede definirse: *la adquisición jurídica de todo lo que produce una cosa, ó de lo que á ella se une ó incorpora;* ó bien: *el derecho que la propiedad da al dueño de una cosa mueble ó inmueble, sobre todo lo que ésta produce, sobre sus mejoras y sobre lo que se le une por obra de la naturaleza, por mano del hombre, ó por ambas cosas juntamente* (580 C). De aquí la división que generalmente se hace de la accesión en *natural, industrial* y *mixta.* Además, dividen la accesión en *continua* y *discreta:* la *continua* resulta de la unión de dos ó mas cuerpos diferentes como en el *aluvión,* la *edificación,* la *plantación,* la *pintura;* la *discreta* resulta de la separación de los cuerpos, como en las *crías de los animales,* en los *frutos de los árboles.*

148—Comprendiendo el derecho de propiedad todo lo que una cosa produce, el derecho de accesión sobre los frutos ó rendimientos de ella no es mas que un verdadero efecto ó consecuencia del dominio, y no un derecho independiente y distinto de éste, ya que la propiedad comprende la cosa por entero, tanto en lo que es principal, como en lo que es parte de ella como producto. Lo mismo sucede cuando los elementos que producen el fruto ó aumento pertenecen todos á un mismo dueño: si son de él, por ejemplo, el toro y la vaca, el derecho á la cría no proviene de un nuevo y distinto modo de adquirir, sino de la propiedad que se tiene en aquellos. Mas, cuando á la producción del fruto ó aumento concurren cosas ó elementos que pertenecen á diversos dueños, la adquisición á favor de alguno de ellos no resulta del título

primitivo que dió la propiedad sobre la cosa, sino que requiere una disposición de la ley, interesada en fijar el dominio por los perjuicios que causa á la sociedad su incertidumbre. Lo que se aumenta por aluvión á un terreno comprado no se adquiere por él título de compra del terreno, sino mediante la disposición legal que atribuye al dueño de éste el derecho sobre ese aumento; y lo mismo sucede respecto de plantación, edificación, etc. Refiriéndose á estos casos sin duda, enumera la ley la accesión entre los modos originarios de adquirir el dominio (515 C).

II.

149—Al dueño de una cosa pertenecen por regla general, todos sus frutos, cómo que sin esto, seria ilusorio el derecho de propiedad (581 C). Fruto se llama *todo lo que produce una cosa, salva su propia sustancia*, como las crías de un animal, las cosechas de una plantación de café, los arrendamientos de una casa, los rêditos de un capital. Los frutos pues, son provechos ó emolumentos de la cosa, y mas particularmente, los productos que nacen y renacen de ella y se perciben sucesivamente, ya periódicamente, ya en épocas indeterminadas. No podrá pues, decirse fruto de una cosa, el precio que se ha recibido por ella vendiéndola, ya que la cosa vendida no se conserva para el que la enagenó.

150—Los frutos se dividen en *naturales*, *industriales* y *civiles* (581 C). Frutos naturales son *los que la cosa produce espontáneamente*, como las produc-

ciones espontáneas de la tierra, las crías, pieles y demás productos de los animales (582 C). Son industriales *los que se producen por las heredades ó fincas de cualquiera especie, mediante el cultivo ó trabajo del hombre* (584 C). Finalmente, son frutos civiles, ó sea, frutos por creación de la ley civil, *los que provienen de una obligación legal y voluntaria, de modo que se perciben en razón de una cosa sin que ella los produzca directamente*, como los alquileres de los bienes muebles, las rentas de los inmuebles, los réditos de los capitales, y todos aquellos que no siendo producidos directamente por la misma cosa, vienen de ella por contrato, por última voluntad ó por la ley. (587 C). La división de frutos en naturales é industriales, propiamente se conserva solo por vía de doctrina para mayor claridad: los frutos civiles no nacen en realidad de las cosas cuyos se reputan; pero se perciben lícitamente por su uso, y á diferencia de los naturales, que son de la misma especie de la cosa productora, son ordinariamente diversos de la cosa de la cual proceden.

151—Los frutos naturales é industriales se llaman *pendientes* mientras que adhieren todavía á la cosa que los produce, como las plantas que están arraigadas al suelo, ó los productos de las plantas ó árboles, mientras no han sido separados de ellos. Se llaman *percibidos*, los que ya han sido separados de la cosa productora, como las maderas cortadas, las frutas y granos cosechados, etc.; y se dicen *consumidos*, cuando se han consumido verdaderamente, ó se han enagenado. Los frutos civiles se llaman *pendientes*, mientras se deben; y *percibidos*, desde que se cobran. Estas distinciones son de frecuente aplicación, al tratar-

se de la ausencia (99 C.), de la posesión (526 C.), de la división en la sociedad conyugal (1100 C.) y del usufructo (1322, 1323, 1324 y 1326 C).

152—Respecto de los animales, la ley establece que las crías pertenecen al dueño de la madre, y no al del padre, salvo convenio anterior en contrario (589 C). La razón que se da es que la madre es siempre conocida y concurre de un modo permanente á la generación, mientras que el padre solo concurre momentáneamente; y á eso se agrega que correspondiendo el feto, como parte de la hembra, al dueño de ésta, no se hace mas que conservar el dominio de la cría al mismo que lo tenía sobre ella mientras que estaba en el vientre de la madre, ya que desde entonces se considera fruto, aunque no haya nacido todavía (586 C). No sucede otro tanto tratándose de los demás frutos naturales ó industriales, que no se reputan tales sino desde que están manifiestos ó nacidos (585 C.); y los que explican esta diferencia la fundan en que respecto de las crías no nacidas hay algo visible, y una probabilidad de que se realice la producción, mayor que en los demás frutos, y forman por esto una propiedad.

153—Debe notarse que los animales sin marca agena que se encuentran en las tierras ó propiedades, se presumen propios del dueño de éstas, mientras no se pruebe lo contrario, no porque se consideren frutos, sino porque lo mas natural es suponer que pertenecen al dueño de las tierras en que están (588 C).

154—El derecho de propiedad, segun se ha dicho, comprende no solamente lo que produce la cosa, sino tambien lo que se une ó incorpora á ella natural ó artificialmente. No siendo la misma la doctrina res-

pecto de las reglas de agregación en las cosas muebles é inmuebles, va á tratarse de ellas separadamente.

III.

ACCESIÓN POR INCORPORACIÓN A LAS COSAS INMUEBLES.

155—El dueño de bienes inmuebles, en virtud de su dominio puede, por regla general, y salvas las restricciones que provengan de leyes ó reglamentos, ó de servidumbres establecidas, hacer en ellos lo que mejor le parezca, cavando el suelo, plantando, edificando y practicando todo lo que estime útil á sus intereses. Acerca de esto no se ofrece dificultad; pero como muchas veces, independientemente de la voluntad del dueño, las heredades reciben aumento, natural ó artificialmente; ó lo reciben del mismo dueño, pero empleando en ellas algo que no le pertenece á él sino á otros, deben fijarse los principios y establecerse las reglas que rigen en estas agregaciones y que deciden acerca de su propiedad.

156—Las fincas pueden recibir este aumento naturalmente:

1. ○ Por aluvión.
2. ○ Por fuerza manifiesta del río.
3. ○ Por nacimiento de una isla.

4. ° Por la mutación de un cauce.

157—Artificialmente pueden recibirlo por la edificación, por la plantación y la siembra, cuando se hacen en terreno de uno con materiales, plantas ó semillas que pertenecen á otro.

158—De esos diferentes casos va á hablarse, estableciendo desde luego, como consecuencia inmediata del principio de que lo accesorio sigue á lo principal, que todo lo que se une ó se incorpora á una cosa, lo edificado, plantado y sembrado, y lo reparado ó mejorado en terreno ó finca de agena propiedad, pertenece al dueño del terreno ó finca (589 C). Esto no constituye un ataque á la propiedad del que la tenía con anterioridad, en lo unido ó incorporado, porque el dueño de lo principal, para adquirirla, debe indemnizar previamente el valor de lo accesorio, á menos que por otras justas consideraciones, la ley en casos especiales, disponga otra cosa.

159—1. ° *Aluvión.*—Segun el Diccionario de la Academia Española, *aluvión* es avenida fuerte de agua, ó inundación. En sentido legal, es *el acrecimiento paulatino é insensible que las heredades confinantes con las riberas de los ríos, reciben por efecto de la corriente de las aguas.* (604 C). Ese aumento pertenece á los dueños de los campos ó heredades á que se une, porque las fincas ribereñas están más amenazadas y expuestas á los estragos de las aguas, y las ventajas deben ser para el que, en su caso, tiene que soportar los perjuicios. Esos predios ribereños, por la naturaleza misma de las cosas, tienen límites variables que pueden, segun las circunstancias, acercarse ó alejarse, pues si el río invade el fundo, la extensión de terreno disminuye, y aumenta, si por el

contrario, se aleja. Efecto de leyes naturales independientes de la voluntad de los propietarios, nadie tiene derecho á reclamar y quejarse, porque la incertidumbre de los accidentes mantiene el equilibrio de las pérdidas y ganancias; y como por otra parte, el aumento es sucesivo é imperceptible, así como no se puede fijar el momento en que se realiza, es materialmente imposible averiguar de cuál predio procede. Para la aplicación de la disposición, poco importa que el aluvión se forme debajo del agua y aparezca ya formado por retirarse aquella; pero como el artículo del Código se concreta á las heredades confinantes con las riberas de los ríos, no podrá extenderse á las que confinan con los estanques ó lagos. Los dueños no adquieren el terreno descubierto por la disminución natural de las aguas, ni pierden el que éstas inundan con las crecidas extraordinarias, pues la esperanza de que estos cambios sean pasajeros y accidentales, hace considerar que los fundos confinantes tienen, apesar de aquellos, límites fijos é invariables.

160—2. ° *Fuerza del río.*—La accesión por fuerza del río consiste en *el acrecentamiento de terreno ocasionado por una avenida que arranca una porción considerable y reconocible de un campo ribereño, y la lleva hácia otro inferior, ó á la ribera opuesta.* (605 C). Las reglas que entonces se observan son las siguientes: la porción arrancada continúa siendo del dueño primitivo, porque siendo conocido el propietario de la heredad de que se desprendió lo agregado, no hay razón para que éste pierda lo que se sabe que le pertenece, y que solo accidentalmente ha cambiado de lugar; y lo contrario seria aumentár al daño que ya sufrió con la separación violenta de una parte

de su predio, otro mayor, el de la pérdida de lo separado.

161—Si el dueño de la porción arrancada es negligente y no la reclama dentro de seis meses contados desde el acrecimiento, pierde, en virtud de ese abandono, todo derecho, á menos que el propietario del campo á que se unió la porción arrancada no haya tomado aún posesión de ella, por dejar presumir entonces que no quiere adquirir el dominio de aquello cuya posesión resiste. Así pues, la prescripción en este caso requiere dos condiciones: 1.ª que hayan trascurrido seis meses desde que la porción de terreno fué arrancada: 2.ª que el dueño del campo al que se unió la parte arrancada, haya tomado posesión de ella, aunque haga muy poco tiempo (605 C).

162—Si la fuerza del río solamente ha arrancado árboles de una heredad y llevádolos á otra, el propietario de ellos podrá reclamarlos y llevarlos á la suya en el mismo período de seis meses, pasados los cuales se tendrá por abandonada la propiedad y surtirá sus efectos la prescripción, no pudiendo nunca hacerse uso de los derechos de dueño en el campo ageno á donde han sido trasladados los árboles (606 C).

163—3.° *Mutación de cauce.*—Así se llama *el cambio verificado en el curso de las aguas para tomar otro diferente.* Cuando un río grande ó pequeño, navegable, flotable ó que no lo sea, toma una nueva dirección dejando su antiguo álveo, los dueños de los campos nuevamente ocupados tienen derecho de apoderarse á título de indemnización, del álveo abandonado, cada uno de ellos en proporción del terreno que le ha sido quitado (607 C). La resolución de este punto es muy diversa en los Códigos que han segui-

do la doctrina de las leyes romanas. En ellos, partiéndose del principio de que el álveo del río solo es cosa pública mientras sirve de cauce á las aguas, porque de otro modo no puede servir al uso y aprovechamiento general, y adquiere la condición de cosa privada desde el momento en que deja de servir para ese uso porque el río varíe su curso; y atendiéndose tambien á las desventajas que tiene la propiedad vecina al río, se considera el álveo de éste como parte de los predios inmediatos, por suponerse que al ocuparlo las aguas del río, lo tomaron ó cercenaron de ellos, y se establece que los propietarios ribereños del álveo abandonado adquieren la parte que da á su frente hasta la mitad del cauce del río.

164—El Código francés y los demás que, como el nuestro, lo han seguido en esta parte, por el mismo principio de que la parte ocupada por el álveo se pierde para los propietarios y se hace pública, búscan una compensación equitativa para éstos, y ya que son perjudicados y privados de una porción de su terreno, se les concede el derecho de reponerla en proporción, recibiéndola en lo que ocupaba el cauce antiguo. La adquisición no se hace sin embargo, por rigoroso derecho de accesión, porque el álveo abandonado puede muy bien no encontrarse en contacto con el fundo actualmente ocupado sino distante de él, y se verifica sí con propiedad, directa y únicamente por ministerio de la ley en virtud de su disposición.

165—4.° *Islas.*—El nacimiento de una isla es *la aparición de una porción aislada de tierra en medio de las aguas que la rodean.*

166—Las islas que se formen en los mares territo-

riales son del dominio público, como lo son tambien ellos, y ninguno puede adquirir su propiedad sino por concesión del Gobierno (608 C). Lo mismo debe decirse de las que se formen en los ríos navegables y aun en los flotables que son aquellos en que se navega por sirga ó balsas, pues público como es el álveo de los ríos mientras lo ocupan las aguas, deben ser del Estado las islas formadas en ellos, limitándose la necesidad de las concesiones á los navegables ó flotables (609 C.) porque el uso de estos es de mayor interés público y sus islas pueden y suelen ser de mayor extensión é importancia.

167—Si las islas se forman en ríos no navegables ni flotables, pertenecen á los propietarios de ámbas riberas, proporcionalmente á la extensión del frente de cada heredad, á lo largo del río, tirando una línea divisoria por medio del álveo (610 C). Esto procede de la suposición más ó menos exacta de que la isla se ha formado con la tierra de las heredades colindantes: si la isla queda enteramente á un lado de la línea, pertenecerá exclusivamente al propietario de la orilla á cuyo lado se encuentre: á los propietarios de ámbas, si está en medio; y á unos y otros también, pero proporcionalmente, si hay una parte mayor de un lado que del otro de la línea.

168—Se ve pues, que el álveo de estos ríos es considerado en algun modo, como accesorio de la propiedad de los dueños de las heredades confinantes; pero ninguno puede hacer en él obra cuyo efecto sea estrecharlo, por ejemplo, y hacer mas rápida la corriente, porque siempre hay por lo menos, la servidumbre legal que se deriva de la situación misma de los predios, la cual, como se verá en otra parte, no

puede hacerse mas onerosa á los otros propietarios ribereños.

169—Cuando despues de formarse islas y dividirse entre los propietarios de las orillas opuestas del río, abandona éste su cauce y toma otro diferente, adquieren su propiedad los que tienen derecho al álveo abandonado porque el nuevamente formado ocupe sus terrenos. Las islas son accesorios del lecho: el derecho á éste no procede de un título irrevocable, sino de uno sujeto á la condición resolutoria de cam bio de cauce; en consecuencia, la propiedad de las islas está sujeta á la misma condición. Verificada la condición, cesa la propiedad de las islas como accesorias del álveo, y pasan al dominio de la persona á quien éste se cede en compensación, lo que es tanto mas natural cuanto que, cambiado el lecho, las islas dejan de ser islas, y no son mas que pequeñas eminencias que quiebran el terreno. Esto no obsta á que el que deja de ser propietario de lo que fué isla, tenga derecho á indemnización por los trabajos emprendidos en ella.

170—Cuando la corriente del río se divide en dos brazos ó ramales, dejando aislada una heredad ó parte de ella, el dueño no pierde su propiedad sino en la parte ocupada por las aguas, aunque el río dividido sea navegable (611 C). Esta excepción se justifica porque no debe agravarse la desgracia del propietario que ya ve inundada una parte de su heredad y el resto convertida en isla. Por otra parte, no hay de ningun modo adquisición de nueva isla, sino que solo se conserva el resto de la heredad hasta entonces continental.

171—Respecto de las accesiones de que hasta aho-

ra se ha tratado que todas son naturales, deben tenerse presentes las disposiciones legales que siguen, relacionadas con ellas. Cuando se ha constituido un usufructo, corresponden al usufructuario los frutos de los aumentos habidos por accesión (1329 C.), sin excepción alguna.

172—El legado de un inmueble comprende todos los aumentos que por accesión haya tenido desde la muerte del testador hasta que el legatario entra en posesión del inmueble, puesto que el dominio de éste corresponde al legatario desde esa época (1. ᵒ 514, 877 y 878 C).

173—Los aumentos que por accesión natural reciban los bienes propios de uno de los cónyuges, le corresponderán exclusivamente, siempre que no pertenezcan á la clase de frutos; así, el aluvión y la isla ó lo arrancado por la fuerza del río corresponderán al dueño del fundo; pero las crías de los animales que están consideradas como frutos, serán comunes (1. ᵒ 514, 1098, 1124 y 1153 C).

174—En los bienes colacionables, la colación se hace considerando el valor que tenían cuando los recibió el heredero, y á éste corresponden exclusivamente los aumentos, así como la pérdida y deterioro que por cualquier motivo hayan sufrido (182 Dec. de Ref. núm. 272).

175—La hipoteca se extiende á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencerse la obligación (2026 C).

176—Si llegare el caso de revocarse la posesión de bienes de un ausente, la donación de un inmueble, ó de rescindirse la venta, los aumentos habidos por accesión natural hasta la fecha de la revocación ó res-

cisión deben corresponder al que es dueño de lo principal, es decir, al poseedor de mejor derecho, al donante ó vendedor.

177—*Edificación, plantación y siembra.*—La propiedad de un terreno comprende no solo la de su superficie, sino que se extiende á su parte inferior y al espacio que se halla sobre él. Siendo absoluto el derecho de propiedad, el dueño puede hacer encima y debajo de su terreno, salvo las modificaciones que resulten de las leyes y reglamentos de policía, cuantas obras tenga por conveniente; y como ese derecho es tambien exclusivo, al dueño únicamente corresponde la facultad de hacer esas obras. Racionalmente se supone que el propietario será el único que haga uso de esa facultad, y por esto, todas las obras, siembras y plantaciones, así como las mejoras y reparaciones ejecutadas en un terreno, se presumen hechas por el propietario y á su costa, mientras no se pruebe lo contrario (590 C). Así pues, si hay una casa en terreno mío, se sigue de pleno derecho que yo la hice edificar; y si cualquiera otro pretende que él ha sido quien la edificó, debe probarlo. Además, áun cuando él la hubiera hecho construir y hubiera dirigido los trabajos, se presumiría hecha á mi costa, y que él había trabajado por cuenta mía, de manera que él tendría que probar también que la edificó con sus propios fondos. En fin, áun acreditados esos puntos, no por eso dejaría la obra construida de pertenecerme como accesoria del terreno y mediante la respectiva indemnización, á ménos que él probara también lo contrario, justificando, por ejemplo, que le había cedido yo el derecho de edificar para él, sobre un terreno que se conservara de mi propiedad, aquella casa,

en el concepto de que cuando ésta se destruyera, volvería á mí el terreno.

178—En la edificación, plantación y siembra, domina siempre el principio de que *lo accesorio sigue á lo principal*, y se considera siempre como principal el terreno, de suerte que los edificios, construcciones y obras, las plantaciones y siembras que haya con adherencia al suelo, ceden al terreno. El propietario de éste puede reclamarlo todo; pero no debiendo ninguno enriquecerse con detrimento de otro, la ley que admite prueba contra la presunción de que han sido hechas por el propietario, fija tambien reglas especiales para los diversos casos que pueden presentarse.

179—La edificación, plantación y siembra pueden realizarse de tres maneras: ó bien en terreno propio, con materiales, plantas y semillas del dueño del terreno: ó bien en terreno propio, con elementos agenos; ó bien en terreno ageno, con elementos propios. El primer caso ninguna dificultad ofrece porque no hay derechos encontrados. Los otros dos sí deben examinarse, porque ya hay dos propietarios, y existe á favor del que lo es del terreno, la presunción legal que nace de la accesión. Uno y otro caso son susceptibles de modificación, segun haya obrado de buena ó mala fe el individuo que ha hecho la edificación, plantación ó siembra.

180—Si la edificación, plantación ó siembra se hace en finca propia, con plantas, semillas ó materiales agenos, pero de buena fe, el dueño del terreno adquiere por accesión la propiedad de lo edificado, plantado ó sembrado; pero está obligado á pagar su valor al dueño de ellos. Si hubiere habido mala fe de parte del dueño del terreno, adquiere también apesar

de ella, la propiedad, pero además de pagar el valor de los materialcs, plantas ó semillas, debe resarcir igualmente los daños y perjuicios que se causen al propietario de éstos (593 C). Nada mas natural que indemnizar á quien ha sido privado, aunque con buena fe, de una cosa que le pertenece, y que se castigue la mala fe con el pago de daños y perjuicios: la ley no puede ir mas lejos, obligando precisamente á la devolución de los materiales, plantas ó semillas; y por el contrario, establece terminantemente que el dueño de ellas no puede exigirlas nunca, y hacer que se destruya la obra ó plantación (594 C.), porque las poblaciones perderían mucho mas en ornato y la agricultura en frutos, que lo que pudiera ganar el dueño con la devolución; y si es cierto que ese interés social limita entonces su propiedad, tambien lo es que recibe la debida indemnización.

181—Un caso de excepción hay respecto de la plantación en el cual puede pedirse la devolución, y es cuando las plantas no han echado raíces y pueden sacarse por lo mismo, sin grave detrimento, porque entonces el daño puede repararse fácilmente sin los inconvenientes ántes indicados (594 C). Se podrá también desde luego pedir la devolución, como la de cualquiera otra cosa, haciendo uso de la reivindicación, por faltar el supuesto bajo el que procede la disposición legal, y deberá por consiguiente seguirse la regla general, cuando la semilla ó los materiales no están aún aplicados á su objeto, ni confundidos con otros (595 C).

182—Cuando se edifica, planta ó siembra en terreno ageno, el dueño de éste, siguiéndose el principio de que lo accesorio cede á lo principal, tiene derecho en todo caso, de apropiarse lo edificado, plantado ó

sembrado en su heredad. Si el que ejecutó la obra lo hizo de buena fe, tendrá sí que indemnizarle del valor de ella para no medrar á expensas de otro; y si no le conviniere verificar ese pago, podrá obligar al que edificó ó plantó á quedarse con la obra pagándole el precio del terreno, y lo mismo al que sembró, pagándole solamente la renta (596 C). De este modo, con la elección que se deja al dueño del terreno, se atiende á que no sufra perjuicio por un hecho en que no ha intervenido su voluntad. En el caso de siembra, no hay derecho de exigir mas que la renta del terreno, á diferencia de los de edificación y plantación en que se puede pedir el valor del terreno, en consideración á que dentro de corto tiempo puede estar desembarazado el terreno, mientras que la edificación es permanente, y la plantación, de muchos años cuando menos. Por contraposición á lo establecido para cuando hay mala fe, parece que el que ha ejecutado la obra, tiene derecho de retenerla, mientras el propietario del terreno no le haga la competente indemnización, si hubiere preferido hacer uso del derecho de accesión.

183—Cuando hay mala fe de parte del que edifica, planta ó siembra en terreno ageno, pierde lo edificado, plantado ó sembrado, sin tener derecho de reclamar indemnización alguna del dueño del suelo, ni de retener la cosa (597 C). Esta disposición nace, no tanto de que se presuma que se quiso hacer una donación al dueño del suelo, cuanto de que debe castigarse la intención dolosa del que usurpó la propiedad, y no obligarse al dueño del terreno á pagar los gastos que sin su voluntad han sido hechos maliciosamente. Se trata pues, de prevenir así los actos perjudiciales á los propietarios, quitando el aliciente de indemni-

zación que pudieran ofrecer, para evitar que el resultado de una acción criminal sea provechoso á su autor. Más aún hace la ley en el caso de mala fe respecto de la edificación; considerando que á los intereses del propietario del terreno puede ser perjudicial la conservación de la obra, extiende su derecho á pedir la demolición de ésta, y la reposición de las cosas á su estado primitivo, á costa del edificador (598 C).

184—Si hubiere habido mala fe, tanto de parte del que edificó, como de parte del dueño, se entenderá compensada esta circunstancia, y se arreglarán en consecuencia, los derechos de uno y otro, lo mismo que cuando ambos proceden de buena fe (599 C). En igualdad de circunstancias, no hay razón para dar al dueño del terreno derechos que suponen siempre la buena fe de su parte, ni mejorarse su condición y premiar su malicia, permitiéndole que se enriquezca sin indemnización.

185—Si los materiales, plantas ó semillas pertenecen á un tercero, que no es el que los ha empleado, ni el dueño del terreno, y ese tercero no ha procedido de mala fe, será responsable directamente por el valor de ellos el que de mala fe los empleó, y lo será subsidiariamente el dueño del terreno, si concurren las dos circunstancias siguientes: primera, que el que de mala fe empleó los materiales, plantas ó semillas, no tenga bienes con qué responder de su valor; y segunda, que aproveche al dueño lo edificado, plantado ó sembrado (602 C). La razón es que la culpa ó mala fe de uno, no debe perjudicar á otro que no ha participado de ella, y que sería sumamente injusto que el dueño del terreno se lucrara á expensas del dueño de los materiales de buena fe. Si quiere rete-

ner lo edificado, porque le aprovecha, debido es que responda en subsidio; pero puede usar de la facultad de pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas á su antiguo estado, y entonces, como en nada se enriquece, no tiene responsabilidad alguna. ni aun subsidiaria (603 C).

186—Supone pues, la ley, para la resolución de que se ha hecho mérito, que hay mala fe de parte del que emplea los materiales, plantas ó semillas, y que la hay buena de parte del dueño de ellos. Si éste procediera de mala fe, de acuerdo por ejemplo, con el que dolosamente los emplea, debería seguirse la misma regla que se observa cuando pertenecen al que de mala fe los emplea. Y si el que se sirve de los materiales, plantas ó semillas, tiene buena fe, creyendo también que eran suyos, el dueño de ellos podrá ejercitar los mismos derechos que competirían al que los empleó, en caso de ser suyos.

187—En materia de accesión, se entiende haber mala fe de parte del dueño de lo principal *siempre que á su vista, ó ciencia y paciencia se ejecuta la obra que produce la accesión* (601 y 628 C.); pero la prueba incumbe naturalmente al que la ejecutó. Hay mala fe de parte del dueño de lo accesorio, *siempre que hace la obra, ó permite, sin reclamar, que otro la haga en lo que sabe que es ageno, sin pedir previamente al dueño su consentimiento por escrito* (600 y 628 C). Por el contrario, habrá buena fe, si creía que era de su pertenencia lo principal, ó que el dueño había prestado su consentimiento.

188—Respecto de la plantación y siembra hechas de buena fe en terreno ageno, ha de tenerse presente que el hecho de ejecutarlas supone que el que las ha-

ce está en posesión del terreno; y así solo está obligado á devolver los frutos desde que es citado con la demanda sobre la cosa poseída, deduciendo siempre las expensas necesarias y útiles (526 C). De esto se infiere que en la posesión de buena fe, la accesión de frutos empieza á favor del propietario desde que se cita al poseedor; pero no siendo justo que el poseedor deje de hacer suyos, sin ninguna remuneración, los frutos de lo que sembró ó plantó de buena fe, tiene derecho á ser indemnizado (593 C). Así pues, la disposición relativa á la obligación de devolver los frutos percibidos después de la citación, debe referirse solamente al caso en que no haya plantación ó siembra, esto es, al caso en que la cosa produce frutos meramente naturales ó civiles. Mas la citación hecha al plantador ó sembrador de buena fe, si bien lo constituye ya poseedor de mala fe en cuanto al terreno, no lo privará del derecho al valor de los frutos, puesto que se le han de pagar las plantas ó semillas, según el que tengan en la actualidad.

189—La hipoteca del edificio construido en suelo ageno, se entiende sin perjuicio de los derechos del dueño del suelo (2022 C).

190—En cuanto á productos pendientes al disolverse la sociedad conyugal, y al valor de los gastos de cultivo, plantaciones y siembras, hay disposiciones especiales de que se trata en su lugar (1100 á 1105 C); así como también respecto de mejoras en bienes usufructuados, arrendados, depositados ó sujetos á colación.

191– En materia de plantación hay que hacer mención de dos puntos que tienen relación con ella, aunque no es éste su lugar propio sino que son conse-

cuencia del dominio. Es el uno que como al propietario de un árbol ó arbusto pertenecen sus frutos y le corresponde por lo mismo recogerlos; si están contiguos al predio de otro dueño, tiene derecho de exigir de éste que le permita hacer la recolección de aquellos que no se pueden recoger de su lado; pero es responsable de cualquier perjuicio que con ese motivo le cause (591 C). Es el otro que si dos personas tienen en común la propiedad de un árbol ó arbusto, los frutos y los gastos de su cultivo deben ser repartidos entre ellos por partes iguales (592 C). De otras disposiciones relacionadas con estos puntos, se trata después, al hablar de la distancia que se requiere entre ciertas construcciones y plantaciones (1266 á 1273 C).

IV.

ACCESIÓN POR INCORPORACIÓN Á LOS BIENES INMUEBLES.

192—La accesión por incorporación á los bienes muebles, puede tener lugar por *adjunción*, por *mezcla ó confusión* y por *especificación*. La regla general en materia de incorporación á bienes muebles, es la misma que rige tratándose de inmuebles, á saber: que lo accesorio sigue á lo principal, y en consecuen-

cia, no interviniendo mala fe, el dueño de éste se hace propietario de aquello, pagando sí su valor para no lucrarse á costa de otro (612 C). Tratándose de bienes raíces, ninguna dificultad ofrece en la accesión la determinación de lo que es principal y de lo que es accesorio; pero tratándose de muebles, no es igual mente sencillo y claro. El Código nuestro, tomando por modelo al de la Baja California, adoptó como principio que *entre dos cosas incorporadas se reputa principal la de mayor valor* (613 C). Esto, además de ser justo, es de innegable conveniencia porque cierra la puerta á graves cuestiones, derivadas unas de la varia apreciación del mérito de la obra, y fundadas otras en la diferencia de gustos y aun en circunstancias realmente accidentales. Si por principal se tuviera la materia mas preciosa, muchas veces no sería fácil la decisión, porque la estimación no puede sujetarse á reglas fijas: si por principal se tuviera la materia perfeccionada ó adornada por la otra, se correría el riesgo de dar la propiedad al que tuviese quizá ménos derecho; y en uno y en otro caso, se franquearía la entrada á la cavilosidad y á cuestiones interminables. Todo eso se evita con el principio que el Código establece; y si alguna vez sucede que la materia de ménos valor sea más preciosa por su rareza, por su pulimento ó por otros motivos, siempre habrá para la decisión judicial un principio fijo, que independientemente de las apreciaciones privadas de afección y áun de capricho, sirva de norma para poner término á los pleitos que con ese motivo se susciten (Exposición de la Comisión de Códigos de la Baja California).

193—Si hay algún caso en que la calificación no

pueda hacerse de la manera indicada, se reputará principal el objeto cuyo uso, perfección ó adorno se ha conseguido por la unión del otro (614 C.); porque aunque la materia perfeccionada no sea en verdad una obra nueva en sí, lo parece en virtud del adorno, el cual por sí mismo y separado de la otra cosa, debe por lo común tener más valor. En la pintura, escultura y bordado; en los escritos, impresos, grabados y litografías, se estiman como accesorio la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel ó pergamino. (615 C). Esta regla especial para estos casos procede tanto de que respecto de ellos es mucho mas seguro el juicio, cuanto de que es notoria la diferencia que hay entre las materias componentes y la obra nueva, y debe tenerse en cuenta la preferencia que merecen las ciencias y bellas artes.

194—1. ° *Adjunción.*—La adjunción es la unión de dos cosas muebles pertenecientes á distintos dueños, de tal manera que vienen á formar una sola (612 C). Puede verificarse de varios modos.

195—Para que la adjunción efectúe un cambio de propiedad, es indispensable que las cosas unidas no puedan separarse sin detrimento ni subsistir independientemente, pues de lo contrario, los dueños respectivos pueden exigir la separación (616 C.), por no haber razón entonces para dejar de respetar el derecho de cada uno de los dueños.

196—Cuando las cosas unidas no pueden separarse sin detrimento, y la incorporación se hace por cualquiera de los dueños, á vista ó ciencia y paciencia del otro, y sin que éste se oponga, sus derechos se sujetan á lo que acaba de decirse, esto es que adquiere la propiedad el dueño de lo principal, indemnizando

al de lo accesorio el valor de esto. (620 C).

197—Por lo demás, la incorporación puede haberse hecho por el dueño de la cosa principal, ó por el dueño de la accesoria, con buena ó mala fe.

198—Si el que hace la incorporación es el dueño de la accesoria y procedió de mala fe, la pierde en castigo de ella, y está además obligado á indemnizar al propietario por los perjuicios que se le hayan seguido de la incorporación (618 C.), ya que éste no puede sufrir ese perjuicio. Si ha procedido de buena fe, el dueño de la principal adquiere la propiedad de la accesoria pagando su valor; pero podrá pedir también la separación aunque sufra deterioro la accesoria, indemnizando igualmente el perjuicio al dueño de ésta. (617 C). La ley no quiere en este caso que el propietario de lo principal pueda ser privado de él ú obligado precisamente á una indemnización por una incorporación hecha sin noticia suya; puesto que él no la hizo ni la pudo evitar, es mas justo que el perjuicio que resulte refluya en el que la hizo, aunque tuviera buena fe.

199—Cuando el dueño de la cosa principal es el que hace la incorporación, si la hizo de buena fe, adquiere la accesoria pagando su valor (612 C.); y si procedió de mala fe, el propietario de la accesoria tiene derecho á que se le indemnice no solo el valor sino también los daños y perjuicios, ó á que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya de destruirse la principal (619 C). El dueño de lo principal ya no merece aquí la consideración con que generalmente le favorece la ley, por la mala fe con que ha hecho la incorporación; y la separación se autoriza, á diferencia de lo que pasa en la edificación y planta-

ción, porque no hay para el ornato público y para la agricultura los inconvenientes que respecto de ellas se oponen á la separación.

200—Debe tenerse presente en el particular que siempre que el dueño de la materia empleada sin su consentimiento, tenga derecho á indemnización, puede exigir que ésta consista en la entrega de una cosa igual en especie, valor y en todas sus circunstancias, á la empleada; ó bien, en el precio de ella, fijado por expertos (621 C). Puesto que el propietario no consintió en el empleo, no puede ser obligado á tomar su materia tal como se halla á consecuencia de él: el otro contrajo la obligación de reemplazarla puesto que la empleó; y si el dueño encuentra que el justo reemplazo consiste más bien en el abono de su valor, así debe hacerse, porque privado, sin su voluntad, de lo que le pertenecía, él debe calcular el mejor modo de ser compensado.

201—2.° *Conmixtión.*— La conmixtión es la mezcla de sustancias correspondientes á diversos dueños. Solo impropiamente se considera como accesión, porque no pudiendo decirse que ninguno de los cuerpos mezclados sea accesorio del otro, no es el caso de la regla de que lo accesorio sigue á lo principal. La subdividen comunmente en conmixtión propiamente tal, que también se llama *mezcla*, y en *confusión*: la primera es la mezcla de sustancias sólidas; la segunda, la de líquidas. El Código reconoce estos términos; pero las mismas reglas se aplican á una y otra especie.

202—Hay que atender para la resolución de los puntos que en esta materia pueden ocurrir, á si es ó no posible separar las sustancias, á si la mezcla ó confusión tuvo lugar por consentimiento de los dueños, ó

por caso fortuito, ó por hecho de uno de ellos; y á si hubo buena ó mala fe.

203—Cuando la mezcla ó confusión se verifica con voluntad de los dueños ó sin ella, pero las cosas son separables, no hay dificultad alguna, porque en el primer caso debe estarse á lo pactado, y en falta de pacto, seguirse las reglas de división de una cosa común; y en el segundo, cada cual permanece dueño de lo que era suyo antes de la unión, siendo los gastos de separación de costa del que hizo la mezcla; y de cuenta de ambos, si tuvo lugar casualmente.

204—Si la mezcla ó confusión de sustancias de igual ó diferente especie, se hace por voluntad de sus dueños, sin pacto determinado, ó por casualidad, y las cosas no son separables sin detrimento, el propietario en cuyo poder se haya verificado la mezcla ó confusión, ya que no cabe distinguir entre principal y accesorio, puede adquirir para sí la cosa mezclada ó confundida, reintegrando al otro propietario el valor proporcional á la parte que le corresponda (622 C).

205—La misma regla se observa si la mezcla ó confusión se hizo por voluntad de uno solo, pero de buena fe; mas en este caso, el dueño de la cosa mezclada sin su consentimiento, puede preferir al pago proporcional, la indemnización de daños y perjuicios, los cuales más bien que sobre él deben pesar sobre el que, aun cuando de buena fe, hizo la mezcla (623 C).

206—Si hubo mala fe de parte del que hizo la mezcla ó confusión, pierde éste la cosa mezclada ó confundida que fuere de su propiedad, y queda además obligado á la indemnización de perjuicios al dueño de la cosa ó cosas con que hizo la mezcla (624 C).

207—Finalmente, hecha por un tercero la mezcla ó

confusión, la cosa será común, siendo á cargo del que hizo la mezcla, pagar á los dueños los daños y perjuicios que se les hayan causado.

208—3. ° *Especificación.*—Especificación es *la formación de una nueva especie con materiales agenos;* y del mismo modo que la conmixtión, solo impropiamente puede ser considerada como accesión, reputando como objeto material, distinto y separado, el arte ó industria en virtud de los cuales se produce la trasformación. El vaso labrado con metal de otro, la tela tejida con hilo ageno, pueden servir de ejemplos.

209—En la legislación antigua había complicaciones acerca de este punto, porque se carecía de una regla segura para determinar cuál era lo principal y cuál lo accesorio, y había necesidad de recurrir á otros medios, como el de investigar si la nueva especie formada podía ó no volver á su estado primitivo. Hoy no existe esa dificultad, y la decisión de si la nueva especie pertenece al que dió la forma ó al dueño de la materia, resulta de la combinación del principio de que de dos cosas unidas se reputa principal la de mayor valor, con otro de justicia y es que la cosa debe ser de aquel á quien se seguiría mayor daño si no la conservara.

210—El mérito artístico de la nueva especie formada puede exceder en precio á la materia ó tenerlo inferior; y puede haberse procedido de buena ó de mala fe.

211—Si el mérito artístico de una obra ó de una nueva especie, excede en precio al valor de la materia agena empleada de buena fe, el artista la hace suya, indemnizando al dueño por el valor de la materia (625 C). Si por el contrario, el mérito artístico de la

obra, es inferior en precio á la materia, el dueño de ésta hace suya la nueva especie, y tiene además derecho para reclamar indemnización de daños y perjuicios, descontándose del monto de éstos el valor de la obra á tasación de expertos (626 C). El artista, aunque sin malicia, ha causado un perjuicio al dueño de la materia, y es justo que se lo resarza.

212—Finalmente, si la especificación se hizo de mala fe, el dueño de la materia empleada tiene derecho de quedarse con la obra, sin pagar nada al que la hizo, ó de exigir de éste que le pague el valor de la materia y le indemnize de los perjuicios que se le hayan seguido (627 C). Así pues, la mala fe se castiga siempre con la pérdida de la materia ó del trabajo y con la indemnización de los daños ocasionados. Si hay mala fe de parte del artista y del dueño de la materia, hay lugar á compensación y se procede como si hubiera habido buena fe (599 C).

TITULO SEXTO.

DE LA PRESCRIPCION.

PARRAFO PRIMERO.

DE LA PRESCRIPCIÓN EN GENERAL.

213—En el presente párrafo va á tratarse: 1.° de la naturaleza de la prescripción: 2.° de quienes pueden adquirir por medio de ella: 3.° de las personas contra quienes corre: 4.° de los efectos que produce: y 5.° de la renuncia de la prescripción.

I

214—La prescripción es *un modo de adquirir el dominio de una cosa, ó de libertarse de una carga ú obligación, mediante el trascurso de cierto tiempo y con la concurrencia de determinadas condiciones establecidas por la ley* (629 C).

215—Es un modo de adquisición, creado por la ley civil apoyada en razones de justicia, sólidas é incontrastables. No puede haber tranquilidad social, ni industria, ni mejora cuando la propiedad es incierta, é incierta sería si el poseedor de una cosa mantuviera perpétuamente el temor de que fueran impugnados

los títulos de su propiedad, antiquísimos talvez, pero en los cuales se hubiera deslizado algun vicio para él desconocido. Debe pues. la ley poner al propietario que con ciertas circunstancias ha poseído durante algun número de años una cosa, á cubierto de cualquier ataque. Debe hacerlo con tanta mas razón cuanto que el que tuviera derecho á ella parece renunciarlo tácitamente en el hecho de no reclamarla durante ese tiempo, por lo que un antiguo aforismo legal dice que *el derecho patrocina á los que velan y no á los que se duermen.* Así pues, aunque la prescripción no sea un modo natural de adquirir, en el sentido que lo es la ocupación, no se opone á ningun principio de derecho natural, ya que el ejercicio de dominio debe sujetarse en sociedad á ciertas condiciones indispensablemente exigidas por la naturaleza de ésta.

216—De la definición dada se deduce que hay dos clases de prescripción, una *positiva* ó *adquisitiva*, conocida tambien con el nombre de *usucapión;* y otra *negativa* ó *extintiva*, conocida generalmente con el nombre de *prescripción de acciones*. La positiva es *la adquisición de cosas ó derechos en virtud de la posesión y del tiempo:* la negativa es *la exoneración de una obligación por no haberse exigido su cumplimiento dentro de cierto tiempo* (630 C). Se diferencian una y otra por las personas á quienes aprovechan, por los diversos requisitos que se exigen, y por los diversos efectos que producen.

II.

217—Pueden adquirir por prescripción positiva, todos los que son capaces de adquirir por cualquier otro título, porque la prescripción es modo tambien de adquirir el dominio. Y como esta adquisición se supone beneficiosa y, por otra parte, los menores é incapacitados toman y conservan la posesión por medio de sus legítimos representantes, pueden adquirir por prescripción por medio de éstos, así como la muger puede tambien por medio de la posesión que tenga el marido en nombre de ella; el mandante por medio del mandatario, y los pueblos, las corporaciones, etc. por medio de las personas que tienen su representación (528 y 632 C).

218 -Para exonerarse de una obligación por el lapso del tiempo, no se necesita ninguna capacidad legal, así es que la prescripción negativa aprovecha á todos, áun á aquellos que por sí no pueden obligarse (633 C). La exoneración de una obligación no puede ser jamás un gravámen: tiene que ser siempre un beneficio, y como no necesita mas que el lapso del tiempo, sin ningun acto positivo de parte de aquel que queda exonerado, es natural que para producir sus efectos, se prescinda de la capacidad de aquel á quien favorece: mientras mas incapaz sea, mas razón hay para que le aproveche.

III.

219—Contra todos, por regla general, comienza, corre y se consuma igualmente la prescripción, sea positiva ó negativa (674 C.), sin hacer diferencia de condiciones ni de tiempo. Es indiferente por tanto, que se trate de personas naturales ó jurídicas, pues con tal que los bienes no sean imprescriptibles por su naturaleza, por no estar en el comercio; el Estado, así como los ayuntamientos y todos los establecimientos públicos, se consideran como particulares para la prescripción de sus bienes, derechos y acciones (642 C). Esta disposición está en consonancia con el principio de igualdad de derechos ante la ley, y con el de que debe restringirse hasta donde sea posible, todos los privilegios que formen excepción á esa igualdad.

220—La regla general sufre algunos casos de excepción que van á enumerarse, de personas contra quienes la prescripción no comienza, ó la comenzada no corre, y se conocen como de suspensión de la prescripción, porque cuando cesan las circunstancias que fundan la excepción, puede comenzar ó puede continuar la suspensa, tomándose en cuenta el período trascurrido antes del motivo de suspensión.

221—La causa de la suspensión podía, conforme al Código (676), ser absoluta ó relativa: absoluta cuando dependía de la persona contra quien se prescribía, de suerte que ninguna prescripción corriera contra ella, como sucedía con los menores ó incapacitados, con los ausentes del Estado en servicio público, con el

preso, con los militares en servicio activo en tiempo de guerra. Es relativa, cuando depende de las relaciones que existen entre la persona á cuyo favor se prescribe y aquella contra quien se prescribe, como sucede entre ascendientes y descendientes durante la patria potestad, y entre los consortes.

222—En primer lugar, no corre la prescripción contra el menor durante la minoría, ni contra los locos y los fátuos durante la incapacidad (675 C.), porque no tienen el libre ejercicio de sus derechos, ni habilidad legal para hacer valer por sí las acciones que les competen: están bajo la guarda y dependencia de otra persona, y no puede perjudicarles lo que no pueden evitar, ni subsanar acaso íntegra y ámpliamente con las acciones contra quien los representa. La ley habla del menor, sin distinción, y así parece propio estimar comprendido al emancipado por cualquier medio.

223—Despues de los menores siguen los ausentes del Estado en servicio público (3. ° 676 C). Como se ve, se requería para la ausencia, estar fuera de la República y por su servicio; pero áun así, no había razón bastante que apoyara el privilegio. Es verdad que están prestando un servicio al país; pero de aceptar este motivo, debería decirse lo mismo de todos los funcionarios públicos: es verdad que están ausentes, pero por esto se duplica el tiempo de la prescripción, porque en el día podrá haber por la ausencia alguna mayor dificultad, pero no imposibilidad para ejercer los derechos respectivos.

224—Estaban exceptuados los militares en servicio activo, en tiempo de guerra, tanto dentro como fuera de la República (4. ° 676 C). Este caso podía justificarse mejor que el anterior; pero no parece que fuera

necesario, porque el militar puede dejar encargo á las personas de su familia, y puede dejar ó constituir después un apoderado para que reclame haciendo valer sus derechos.

225—Por último, tampoco corría la prescripción contra el preso mientras se hallara privado de su libertad (5. ° 676 C). Es aplicable en este particular la observación hecha para los casos anteriores. El preso, aunque privado de su libertad personal, puede comunicarse con la familia y dar las instrucciones necesarias; puede ocurrir directamente á los tribunales, y puede nombrar apoderado. Solo la pena de muerte indultada y la de prisión ordinaria privan de los derechos de patria potestad, de la autoridad marital, de la administración de bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos; pero ya en otras ocasiones se ha manifestado lo inconveniente de esta disposición (31, 36 y 37 C).

226—Estas eran las causas absolutas de suspensión: propiamente no eran mas que reminiscencias de la restitución *in integrum* tan sábiamente desconocida, y por lo mismo quedaron suprimidas con excepción de la de los menores é incapacitados, por el artículo 127 del Dec. de Ref. núm. 272.

227—Por causa relativa á las personas entre quienes tiene lugar la prescripción, no corre entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto á los bienes á que los segundos tienen derecho conforme á la ley (127 Dec. de Ref. núm. 272). Como la patria potestad solo subsiste durante la minoría ó incapacidad del hijo, esta causa relativa está comprendida en la absoluta de que no corre prescripción contra los menores ó incapacitados. Por otra par-

te, los ascendientes que tienen patria potestad en sus descendientes, poséen los bienes de éstos en nombre de ellos, y no en nombre propio, resultando así que les falta ese requisito esencial para la prescripción positiva como le falta á cualquier tutor ó guardador que tampoco ganará por prescripción las cosas del menor, aunque la ley no lo mencione especialmente. Y si se trata de prescripción negativa, los menores é incapacitados se aprovechan de ella por medio de sus padres ó guardadores, de suerte que estos no pueden libertarse de la obligación cuando ellos mismos debían reclamar, cobrar é interrumpir el término.

228—La otra causa relativa de suspensión tiene lugar entre los consortes (127 Dec. cit.), de suerte que ni el marido puede prescribir contra la muger, ni ésta contra aquel. Así lo exige la comunidad de fines é intereses entre los esposos, y la justicia y la moralidad de la institución del matrimonio en la que sería imposible la paz, si el uno pudiera lucrarse á expensas del otro, y éste último accionar y gestionar contra el primero.

229—Además, contra la prescripción del marido respecto de bienes ó derechos de su muger, hay la consideración de que él es su administrador y representante legal, y que siendo su posesión en nombre de ella, carece de un requisito esencial: para los que él no posea ni administre, como sucede con las arras y parafernales (1141 y 1144 C.), media la razón general.

230—Estas causas relativas, como se ha indicado, solo producen su efecto entre personas determinadas, y no se oponen por consiguiente, á la prescripción de un tercero contra el marido ó contra la muger en sus

bienes respectivos, ó contra la sociedad conyugal. Sea pues, que el marido enagene los bienes de la muger como de él, sea que ella los enagene sin la correspondiente autorización, hay lugar á prescribir, advirtiendo que el marido es responsable de las prescripciones que por su negligencia se verifiquen contra los bienes dotales (1137, 1141 y 1153 C.): que la muger puede recobrar, por regla general, de un tercer poseedor los bienes dotales, arras y parafernales enagenados sin su consentimiento (1141 y 1150 C., 205 y 206 Dec. de Ref. núm. 272); y que además al recibir la dote ó los parafernales el marido, hay un motivo de verdadera interrupción para la prescripción por el reconocimiento del derecho de ella que importa la escritura que ha de otorgarse (1122 y 1152 C).

231—Como la ley se refiere á los consortes, declarado nulo el matrimonio, cesa su disposición; pero no cesará por el divorcio ni por la simple separación de bienes que dejan subsistentes el vínculo conyugal, aunque acaben con la sociedad (4. ° y 5. ° 200 Dec. de Ref. núm. 272).

232—Dado el privilegio de suspensión de prescripción, debe verse si tendrá ésta lugar por el hecho solo de que tenga parte en la cosa ó derecho el favorecido ó lo haya tenido por algún tiempo, aunque no le corresponda en la totalidad, ni le haya pertenecido desde el principio.

233—Si se enagena una propiedad de un menor, el poseedor no comienza á prescribir sino cuando el menor cumple 21 años; y lo mismo sucederá si la prescripción comenzó contra un mayor, al que sucede un menor: el término no corre durante toda la minoría del sucesor.

234—Cuando una cosa pertenece á varios, entre los que hay un menor, ó hay una deuda á favor de un menor y de otros, como acreedores solidarios, ¿el privilegio del menor aprovechará á todos los demás? Respecto de lo primero, no hay disposición terminante, y en tal caso, parece que solo quedará la prescripción sin efecto, si la cosa que se halla en esa vía es después adjudicada al menor; nó si es á un mayor, pues solo respecto de las servidumbres por ser indivisibles por su naturaleza, ha hecho declaración especial la ley, estableciendo que si entre los propietarios hay alguno contra quien, por leyes especiales, no pueda correr la prescripción, no correrá tampoco contra los otros (1305 C). En los demás casos, extender el privilegio sería dificultar mucho la prescripción; sobre todo si se atiende á que en bienes hereditarios casi siempre hay menores interesados.

235—Respecto de lo segundo, sí es lo prevenido que la interrupción (638 C.), y consiguientemente la suspensión que no es mas que una interrupción por ministerio de la ley, á favor de uno de los acreedores solidarios, aproveche á todos los demás, de suerte que si uno de los acreedores solidarios es menor, ni contra él ni contra ninguno corre la prescripción durante la minoría (683 y 1463 C). En esos términos, que son los que usa la ley, no se acierta á comprender la disposición: parece que debe hablar de deudores no mancomunados, porque respecto de éstos si es cierto que la interrupción á uno de ellos, no interrumpe por sí sola la prescripción respecto de todos los demás, de suerte que aquellos para los que no se interrumpió, no pueden hacer extensiva su excepción á los otros para quienes sí tuvo lugar la interrupción. Solo así

se explica la otra disposición de que en ese caso, el acreedor solo podrá exigir á los deudores que no prescribieren, el valor de la obligación, deducida la parte correspondiente al deudor que prescribió (639 C).

236—Como la fianza es obligación subsidiaria que caduca cuando falta la obligación principal, la prescripción adquirida por el deudor principal aprovecha siempre á sus fiadores. (640 C.)

IV.

237—*Efectos de la prescripción.*—La prescripción positiva, una vez perfeccionada, produce el dominio de la cosa adquirida; y con la acción que nace de él puede reivindicarse de cualquier poseedor, é interponerse como excepción perentoria por el que posée.

238—La negativa, como que solo extingue una obligación, no puede presentarse mas que como excepción (641, 4.° 1590 C., 6.° 574 C. pr). Esta excepción no puede ser tomada en consideración por el Juez en lo civil, si las partes no la alegan, porque pueden renunciar á ella. Solo en el juicio ejecutivo, en que el Juez ántes de despachar embargo tiene que examinar y calificar el título, puede desecharlo desde luego, si aparece prescrita la acción. Lo mismo sucede con los términos judiciales declarados fatales por la ley, pues no están introducidos en beneficio particular; y en materia criminal, en que el interés social demanda que no se proceda después de cierto tiempo. Como excepción, extingue la obligación completamente, no solo la civil sino la natural, de suerte que ésta no puede hacerse valer de ningún modo; y

la prescripción obra retroactivamente, así es que el poseedor que ha prescrito, se reputa propietario desde el instante en que comenzó la posesión, y valen así todos los contratos ejecutados por él respecto de la cosa.

239—En órden al estatuto por el cual se rige la prescripción, si los bienes son inmuebles, será por el real (5 C.): y esto mismo parece natural también respecto de los muebles, para evitar las confusiones y dificultades que resultarían si se atendiera á la ley personal del poseedor, y porque la ley, en materia de prescripciones, no distingue.

V.

240—*Renuncia de la prescripción.*—El derecho de prescribir, positiva ó negativamente, es irrenunciable, ó lo que es lo mismo, no puede renunciarse la prescripción no comenzada, ó aunque comenzada, no consumada todavía (634 C). La razón es que la prescripción es una institución de órden público mas que de beneficio particular, y tiende no solo á favorecer al poseedor sino también á castigar al propietario moroso. Será nulo pues, todo pacto en que se estipule la renuncia del derecho de prescribir (1450 C).

241—La prescripción ya adquirida ó consumada sí puede renunciarse con tal que el que renuncia tenga capacidad de enagenar (634 C). Puede renunciarse porque ya entónces se trata de un derecho meramente privado que forma parte del patrimonio individual. La renuncia propiamente tal, solo tiene lugar consu-

mado ya el tiempo, pues antes de eso la renuncia del trascurrido es mas bien una interrupción de la prescripción. Esta renuncia no es propiamente una donación, y por tanto, no hay razón para sujetarla á sus reglas: siempre hay un deber de honor y delicadeza de devolver al que es legítimo dueño ó acreedor, lo que se ha ganado, legalmente sí, pero nada mas que al amparo de la prescripción.

242—La ley exige que el que renuncia tenga capacidad de enagenar (634 C.), porque esa renuncia es un desprendimiento de una cosa ya adquirida: así es que no la podrán hacer ni los menores ni los incapaces, ni la muger casada: los padres, guardadores, maridos, administradores de bienes agenos, no podrán hacerla sino con las formalidades precisas para la enagenación, y los mandatarios solo cuando tengan cláusula especial para enagenar ó estén determinadamente autorizados para la renuncia.

PARRAFO SEGUNDO.

DE LA PRESCRIPCIÓN POSITIVA.

243—La *prescripción positiva*, conocida también con el nombre de *usucapión*, es *la adquisición de cosas ó derechos en virtud de la posesión por cierto tiempo*, y necesita de los requisitos siguientes: cosa prescriptible, justo título, buena fe, posesión legal y trascurso del tiempo señalado por la ley (646 C). Va á hablarse separadamente de cada uno de ellos.

I.

244—*Cosa prescriptible.*—Por regla general, todas las cosas y derechos que están en el comercio humano, están sujetos á prescripción, mientras la ley no los haya exceptuado expresamente (631 C). En virtud de la regla, no podrán adquirirse por prescripción las cosas que no están en el comercio y no pueden ser enagenadas, como las públicas y de comunidad destinadas directamente al uso general; y en virtud de excepción, las servidumbres contínuas no aparentes: las discontínuas, sean ó nó aparentes (1285 C.); y las legales porque quedan establecidas siempre por solo ministerio de la ley.

II.

245—*Justo título.*—El título en general, es la causa ó hecho en virtud del cual adquirimos un derecho, como la compra, el legado, el arrendamiento, el comodato. Si en virtud de esa causa se trasfiere la propiedad, el título se llama *traslativo de dominio*, como los dos mencionados primeramente; y si solo se adquiere el uso, la posesión ú otro derecho restringido de la cosa, como en los dos últimos, el título no es traslativo de dominio. El título traslativo de dominio, para el efecto de explicarlo en la prescripción, se divide en *verdadero*, *colorado* y *putativo*. Es verdade-

ro el que en sí es traslativo de dominio y procede de personas capaces de trasmitir la propiedad, á personas capaces de adquirirla, de suerte que en realidad, basta para trasmitirla, y de hecho la trasmite. La venta de una casa hecha por una persona capaz á otra que tiene capacidad legal para comprar, es un título verdadero.

246—Título colorado es el que tiene todos los colores y apariencias de verdadero, esto es, que en sí es traslativo de dominio; pero, por falta de derecho ó de capacidad en la persona de quien procede, no lo trasmite; es decir, hay una circunstancia que lo hace ineficaz por sí solo para la trasmisión. El legado hecho por una persona que no tenía la propiedad de la cosa legada, la venta que hace un individuo de una cosa que es agena, son títulos colorados: en sí son traslativos de dominio; y si provinieran del propietario, esto es, á no mediar una circunstancia extraña al título, se adquiriría en virtud de ellos, la propiedad.

247—Putativo es el título que por error se cree que existe, no existiendo en la realidad; como si alguno crée que una cosa que tiene en su poder le ha sido donada ó que la ha comprado, cuando solo se le dió prestada ó en usufructo; ó no sabe que fué revocado el testamento por el cual se le legó.

248—El título que se necesita para la prescripción es el que se llama colorado: el verdadero excluye la necesidad de la prescripción, porque trasmitido el dominio por él solo, el trascurso del tiempo nada nuevo puede añadir á la propiedad ya conferida. El putativo no alcanza, porque en realidad no es título sino error de titulo, y la ley exige expresamente que el que alega la prescripción, pruebe la existencia

y no simplemente la creencia, del título en que funda su derecho, así como la de los otros requisitos necesarios para la prescripción (648 C.); y además, el que solo tiene título putativo no está á cubierto de sospecha de mala fe, pues pudo indagar mejor. No sirve por tanto para ganar la propiedad por este medio, ni el error de hecho, ya sea propio, ya ageno como si el que posée la cosa crée que su mandatario la compró, como lo asegura, cuando solo la recibió en comodato: ni el error de derecho, que á nadie aprovecha, como si el poseedor que tiene la cosa en depósito, crée que éste es título traslativo de dominio.

249—La ley admite el título colorado porque, unida á sus apariencias de verdadero la circunstancia de ignorar el que recibe la cosa, que el que la trasmite no es dueño de ella, merece ya la consideración legal cuando viene á confirmarse por el lapso del tiempo sin reclamación en contra.

250—Necesitándose que el título para la prescripción sea traslativo de dominio, gratuito ú oneroso, servirán para ella, no procediendo del verdadero dueño, la donación (697 y 698 C.): el legado (877 C.): la venta (1479 C.), debiendo entenderse el principio de que no hay venta de lo ageno en el sentido de que por ella no se traslada el dominio, si no es por prescripción (1498 C. y 247 Dec. de Ref. núm. 272): la permuta que es venta recíproca (1646 y 1647 C.): la donación en pago (2903 C.): la partición (1073 C.): la transacción, en caso de que para ella se dé una cosa de propiedad exclusiva de alguno de los que transigen, que no sea la disputada (274 Dec. de Ref. núm. 272.): la cosa juzgada, pero aunque se equipara á la transacción, no es propiamente título sino declaración

de la existencia de título y del derecho que procede de él (1856 C.); la dote cuando el marido la hace suya, como en las cosas fungibles (1121 C).

251—El título además, ha de ser actual, esto es, no sujeto á condición, pues si la tiene suspensiva, hasta que ésta no se cumple no comienza aquel á ser tal, porque aunque los contratos condicionales cuya condición se cumple, se consideran eficaces desde que se celebraron (1454 C.), es solo respecto de los mismos contratantes y no de un tercero que sea el dueño verdadero de la cosa que es materia del contrato, y contra quien exclusivamente ha de correr la prescripción.

252—Cuando el título es nulo por vicio sustancial en la esencia ó en la forma, como si se otorgó por error, dolo, miedo, ó fuerza grave; ó por personas incapaces sin las formalidades requeridas; ó han faltado en la forma, solemnidades esenciales, como si se otorgó simple escritura privada cuando debía ser pública (2365 C.), solo comenzará á ser hábil para la prescripción cuando hayan pasado los cuatro años dentro de los que puede intentarse la acción de nulidad (2369 C.), pues antes de vencido ese plazo, puede ser atacado como nulo, y lo que es nulo no produce ningun efecto legal. Vencido el término, el título no puede atacarse y basta por lo mismo para la prescripción, teniendo siempre presente que no se ofrecerán muchos casos que hagan temible la aplicación lógica de esta doctrina porque, como va á verse, el título ha de inscribirse y el registrador debe, bajo su responsabilidad, desechar los títulos que tengan algun vicio de nulidad (2096 C).

253—Por último, debe advertirse que la prescripción de inmuebles no perjudica á tercero, si el título

no está inscrito en el registro de la propiedad; y que inscribiéndose, el término comienza á correr desde la fecha de la inscripción (2108 C). Este artículo habla de la prescripción que requiere justo título, lo cual hace suponer que hay algun caso en que no se exige: no se encuentra cuál sea ese caso, por lo ménos en el Código Civil; y aunque el de Comercio (707) dice que faltando título traslativo de dominio, puede adquirirse la propiedad de la nave por la prescripción extraordinaria de treinta años, es de tenerse presente que la legislación común no admite esa prescripción extraordinaria; y como las naves se han declarado muebles (704 C. Com.), no es el caso de inscripción de título respecto de ellas.

III.

254—*Buena fe.*—La buena fe procede generalmente del justo título, y es la creencia que tiene el poseedor de que quien le trasmitió una cosa podía hacerlo legalmente y que por lo mismo, la tiene bien adquirida (517 C). Solo así puede la ley justificar la adquisición de una cosa que en realidad de verdad es agena, y ponerse á cubierto de la tacha de inmoralidad.

255—La buena fe solo es necesaria en el momento de la adquisición y se presume siempre (649 C). Necesitándose solo en el momento de la adquisición, poco importa que la hubiese habido mala alguna vez, antes de la adquisición; y poco importa también que con posterioridad á la época de la adquisición, y antes de consumada la prescripción, desaparezca la buena fe. El momento de la adquisición, así como es el

que determina la capacidad de la persona, es el único decisivo también á los ojos de la ley civil, respecto de las condiciones que por parte de aquella deben concurrir: lo contrario sería dar lugar á una investigación que se prestaría á más abusos, y no debe olvidarse que el temor del mal que una ú otra vez pueda resultar, no ha de ser superior á la necesidad de reconocer y garantir la prescripción. Hay que tomar también en cuenta que legitimada la adquisición por la buena fe que hubo al tiempo de ella, no debe confundirse el caso en que sobrevino mala fe con aquel en que la hubo siempre: la ley no puede proteger al que se halla en este último, sin hacerse cómplice de su inmoralidad; pero sí al que está en el primero, porque tiene que considerarse que el que ya pagó la cosa, ya la tiene en sú posesión, ya hizo en ella quizá, considerables gastos y mejoras, necesita una rectitud no común para devolver la cosa por sí al legítimo dueño, exponiéndose á perder todas las sumas desembolsadas. La buena fe es de parte del que adquiere y no del que trasmite: aquel es el que va á ganar por prescripción, y no pueden exigírsele requisitos que de él no dependan.

256—La buena fe se presume siempre (649 C.) lo cual está de acuerdo con otro principio, á saber, que el dolo ó mala fe (1410 C.) no se presume y necesita probarse, porque la ley no supone ni debe suponer delincuencia ni inmoralidad mientras no se demuestren. La prueba, por tanto, de mala fe, incumbe al que combate la prescripción, no al que se ampara con ella, y este principio parece que es el que debe prevalecer, por mas que no deje de estar en oposición con él el artículo que en términos generales declara que el que

alega la prescripción positiva (648 C.) tiene que probar que concurrieron en ella las circunstancias que la ley exige. La mala fe podrá probarse directamente por prueba instrumental ó testifical; y podrá acreditarse también por pruebas indirectas de hechos que la revelen en el poseedor.

IV.

257—*Posesión.*—La posesión para la prescripción debe ser pacífica, pública y contínua (650, 651 y 652 C). Se necesita de la posesión porque ella constituye el hecho exterior que demuestra el ánimo de adquirir, y es también lo que revela el abandono del propietario, á quien no puede menos de llamar la atención. Es indispensable que sea pacífica, porque la ley no debe autorizar la violencia ni suponer que hay buena fe en una posesión que se ha obtenido por ese medio. Debe ser pública y no oculta ni encubierta para que el dueño esté en capacidad de conocerla y reclamar contra ella, haciendo valer sus derechos; y porque la que se tiene ocultamente no es conciliable con la buena fe. Y debe por último, ser contínua, porque sobreviniendo cualquiera causa de interrupción, falta la morosidad del que debía perderla por su negligencia, ó la demostración del ánimo de adquirirla y la necesidad del propietario de hacer gestión para reclamarla. Algunos Códigos, como el de Chile, elevan á precepto legal la doctrina común de los expositores acerca de que la omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de aquellos de que no resulta

gravámen, ni confieren posesión, ni dan fundamento á prescripción alguna.

258—La posesión para la prescripción debe ser además, con ánimo de hacer propia la cosa, ó lo que es lo mismo, debe poseerse á nombre propio, y no á nombre de otro (635 C). No podrán pues, invocar prescripción, el usufructuario, los que tienen los derechos de uso y habitación, el arrendatario (1309, 1381, 1390 y 1663 C.), el comodatario (1937 C.), el depositario (1957 y 1958 C.), el acreedor anticrético ó pignoraticio (1989, 1995, 2014 y 2016 C.), el mandatario (2106 C.), el padre (287, 297 y 307 C.) ó guardador del menor ó incapaz (861, 397 y 429 C.), el marido que administra los bienes de su muger (1120 y 1145 C.); el Capitan que gobierna la nave á nombre de otro (707 C. Com). Todos ellos poséen á nombre de otro: no tienen una posesión propia que, debiendo resultar del título traslativo de dominio, no puede existir donde falta ese título, como en todos los casos mencionados; y adquieren y conservan la posesión no para sí, sino para las personas en cuyo nombre tienen la cosa (528 y 536 C.): podrán por tanto, adquirir por prescripción los poseedores precarios únicamente á favor de aquellos por quienes poséen (536 C).

259—Cuando se dice pues, que el usufructo, uso y habitación pueden adquirirse por prescripción, se hace referencia exclusivamente á esos derechos, en los que sí cabe posesión ó cuasi posesión á nombre propio; y nó al dominio de la cosa (1309, 2.° 1340, 1347, 1388 y 1391 usuf. °); así es que no hay contradicción con la doctrina expuesta.

260—Solo en el caso de que se mude legalmente la causa de la posesión, es decir, que se comienze á po-

seer con buena fe y justo título en nombre propio, la cosa que se poseía á nombre de otro, podrá el poseedor precario aprovecharse de la prescripción (635 y 636 C). Entónces es indiferente la posesión anterior precaria, puesto que el tiempo para la prescripción corre desde que se mudó legalmente la causa de la posesión, del mismo modo que comenzaría á correr desde entónces á favor de cualquiera otro que entónces empezara á poseer, sin haber tenido la posesión anterior precaria.

261—Así pues, si el que recibió la cosa en arrendamiento, la compra después á aquel de quien la recibió, creyéndolo de buena fe dueño de ella, podrá acogerse á la prescripción para ganar el dominio, pero contándola desde que tuvo lugar la compra: lo mismo sucederá respecto del comodatario, si se le dona ó lega por el comodante la cosa que tenía prestada. Cuando se trate de sucesores de poseedores precarios, sean universales ó singulares, podrán ser favorecidos por la prescripción si tienen ellos todos los requisitos necesarios, pero contando el tiempo desde que ellos entran á poseer, ya que no puede aprovecharles la posesión del anterior, que ni podía ser de buena fe, ni era á nombre propio (534 y 644 C).

262—Además de la posesión precaria, hay otra que sin tener ese carácter, tampoco puede servir para adquirir por prescripción contra los partícipes, y es la que se tiene en común, de alguna cosa. Así pues, si varias personas poséen en común alguna, ninguna de ellas puede prescribir contra sus copropietarios ó coposeedores (637 C.), porque indivisa la posesión, lo que cada cual posée lo posée por sí y á nombre de los otros, de suerte que no puede aprovecharse exclusi-

vamente de ninguno de los efectos de la posesión. En este concepto, si todos los herederos poséen en común la herencia, ó alguno en nombre de todos, no tiene lugar la prescripción (1065 C.): solo cabrá cuando por algún título alguno de ellos empieze á poseer en nombre propio (194 Dec. de Ref. núm. 272).

263—Otro tanto sucede respecto de los socios y comuneros (1783, 1824, 2266 y 2275 C., 1113 C. pr). Solo que legalmente se mude la causa de la posesión ó deje de ser indivisa, habrá lugar á prescripción, como respecto de los poseedores precarios.

264—El poseedor provisional de bienes de un ausente es poseedor precario, y por lo mismo, no puede prescribir contra el verdadero dueño (107 y 111 C). La posesión definitiva confiere la propiedad y no simplemente la posesión, de suerte que ya no se necesita de prescripción; pero es una propiedad resoluble para èl en cualquier tiempo en que aparezca el ausente ó se presenten herederos legales ó testamentarios (107 y 111 C). Para prescribir pues, debe haber para la posesión otro título distinto del de poseedor definitivo.

V.

265—*Tiempo señalado por la ley.*—El trascurso de cierto tiempo es el último de los requisitos que la ley exige para la prescripción, porque debe darse un término competente al dueño desposeído de su cosa, para hacer valer su derecho, y solo cuando ha corrido,

puede presumirse su abandono y castigarse su negligencia.

266—El tiempo para ganar por prescripción los bienes inmuebles y servidumbres y derechos reales sujetos á ella, es el de cinco años entre presentes y el de diez entre ausentes (125, 224 y 226 Dec. de Ref. núm. 272, 1382 y 1394 C). Solo se exceptúan los terrenos baldíos cuya propiedad está hoy también sujeta á prescripción, pero en caso de que se hayan poseído por el adquirente por el espacio de veinte años y concurran los demás requisitos indispensables para la prescripción de los inmuebles (123 Dec. de Ref. núm. 272); dependiendo éste mayor término sin duda de que se trata de una propiedad del Estado destinada de uno ú otro modo, al público.

267—Respecto de servidumbres, debe recordarse que el derecho á las aguas sobrantes que pasen á predio ageno puede adquirirse por el que las recibe, por cinco años, contados desde que el dueño de dicho predio haya terminado en él obras destinadas para facilitar su curso ó caída (215 Dec. de Ref. núm. 272).

268—Como se ve, la ley fija diverso tiempo según que la prescripción tiene lugar entre presentes ó entre ausentes, esto es, según que, aquel contra quien la prescripción se consuma, está presente ó ausente; y la razón de un término mayor para los ausentes, está en que la posesión del adquirente no puede serles conocida con la misma prontitud y facilidad que á los presentes, ni la tienen tampoco para hacer sus gestiones y ocursos.

269—De diverso modo se explica en los Códigos lo que debe entenderse por presentes y por ausentes: entre nosotros, no puede bastar para llamar ausente á

un individuo, para los efectos de la prescripción, que esté en otro Departamento de la República, sino que será necesario que esté fuera de su territorio, ó que su paradero se ignore, porque solo á esos llama ausentes la ley para los efectos civiles comunes (84 y 85 C. frac. 2.ª 125 Dec. de Ref. núm. 272). No parece que sea rigorosa esta disposición, si se atiende á las facilidades que hay para los medios de comunicación dentro de la República.

270—Si aquel contra quien se prescribe ha estado algún tiempo ausente y otro presente, para computar el término debe duplicarse el tiempo de presencia, ó reducirse á la mitad el de la ausencia; y si reunidos dan el tiempo preciso para adquirir entre presentes ó ausentes, está consumada la prescripción(fr. 3.ª 125 Dec. de Ref.núm. 272). Si aquel contra quien se prescribe una cosa raíz, ha estado presente dos años, por ejemplo, y ausente cuatro, no la ha pérdido todavía porque haciendo la reducción, resultan por todo, solamente cuatro años entre presentes ú ocho entre ausentes. Si ha estado cuatro años presente y ocho ausente, la habrá perdido,porque equivalen á ocho años de presencia ó á doce de ausencia.

271—Para las cosas muebles, el término ordinario de prescripción es el de dos años (654 C). El término es mucho menor que para las inmuebles, tanto porque tienen ordinariamente menor valor que éstas, cuanto porque se supone que se tiene con ellas mas cuidado por la facilidad de ocultárlas y de trasmitirlas de mano en mano, y la imposibilidad de probar en muchos casos, la identidad. Por esas mismas razones, no se hace respecto de ellas la distinción entre presentes y ausentes, sino que en ámbos casos, el térmi-

no es el mismo. Queda ya expresado en otra parte que en el artículo 707 del Código de Comercio se establece que la propiedad de la nave, no habiendo título traslativo de dominio, no se adquiere por prescripción si no es trascurriendo treinta años: ese mismo artículo exige para la adquisición, mediando título, diez años.

272—Un caso había por el Código en que para la prescripción de cosas muebles, se necesitaba el lapso de seis años, triplicándose así el término ordinario; y era cuando un tercero de buena fe iba á adquirir por ese medio, bienes perdidos ó adquiridos por otro, por medio de un delito (655 C). Se deducía de aquí que el que adquirió inmediatamente la posesión de la cosa, no podía ganarla jamás por prescripción, de suerte que las cosas hurtadas, robadas ú obtenidas por cualquier otro medio reprobado, son imprescriptibles para el ladrón ó delincuente, y así lo declara implícitamente el artículo 126 del Dec. de Ref. al Código Civil. Pero si para esto hay una razón clara, no la había del mismo modo para que el tercero de buena fe que tomó la cosa con título justo y creyendo al ladrón verdadero propietario, tuviera que aguardar para la prescripción un término tres veces mayor que el ordinario: el origen vicioso da lugar á acciones civiles y criminales contra el delincuente, pero no debe trascender su influencia á otras personas que no participaron en él. Lo único que pudiera haber era sospecha del conocimiento del origen, pero eso no alcanza;y así,la disposición del Código se reformó por el último artículo citado,en el sentido de que el tercero de buena fe puede ganar por prescripción las cosas perdidas ó adquiridas por delito,lo mismo que cualesquiera

otras. La equiparación del ladrón y del que no da parte á la autoridad de haber hallado alguna cosa, tiene otras disposiciones legales que la reconocen (122 Dec. de Ref. núm. 272).

273—En el caso de que acaba de tratarse, si el tercero de buena fe, á quien se exige en plazo hábil la restitución de la cosa, la compró en mercado ó plaza pública, ó á mercader que negocia en cosas del mismo género ó semejantes, tiene derecho de exigir del dueño el precio en que la adquirió; y él deberá ejercitar la acción correspondiente contra el que la halló, si fué perdida ó abandonada; ó contra el autor del robo, ó delito, en su caso (656 C). Esta excepción del principio de que el dueño recobra su cosa de cualquiera que la tenga, y éste es el obligado á reclamar contra aquellos de quienes adquirió, ha sido motivada probablemente por el interés del comercio; pero es de observar que es casi imposible la prueba de esas circunstancias cuando se trata de objetos susceptibles por su naturaleza de una rápida circulación, que se trasmiten de mano en mano sin dejar señal y sin que, por lo común, medie mas formalidad que un pacto verbal. Además, la ley no ha dado á los mercados ó plazas públicas el carácter de únicos puestos de venta legal, ni ha designado á las personas que tienen derecho de vender tales ó cuales cosas. Esto hace creer que la razón de la ley es que en esos casos desaparece toda sospecha de complicidad ó participación del comprador, y por esto se le favorecía áun cuando se exigían seis años, pues públicamente ha hecho su adquisición ó la ha hecho de personas de quienes no podía presumir mal pues las había visto siempre dedicadas á ese comercio.

274—Para concluir, hay que decir que el que prescribe puede completar el término necesario para la prescripción, reuniendo al tiempo que él haya poseído el que poseyó la persona que le trasmitió la cosa, con tal que ámbas posesiones tengan los requisitos legales (644 C.); y siendo indiferente que la trasmisión haya sido á título universal ó singular (534 y 535 C). Así pues, el heredero universal por testamento ó abintestato, el donatario, el legatario, el comprador y cualquiera otro que suceda por título singular, continúan la posesión del causante y su término, si ámbos tenían buena fe; mas si el causante la tuvo mala, no perjudica al sucesor de buena fe, pero tampoco puede aprovecharle ese tiempo, sino que debe empezar á contarse desde que comenzó él á poseer. Y lo que se dice de un solo causante, es aplicable á una serie no interrumpida de causantes.

275—Cuando el caso es á la inversa, es decir, que el causante tenía buena fe y el sucesor nó, parece que no habrá lugar á la prescripción, porque al que va á adquirir le falta la buena fe; y si bien es cierto que solo se necesita al tiempo de la adquisición por sucesión, porque el principio es que la posesión de cada sucesor principia en él y entónces debe existir la buena fe (534 C.); para prescribir cuando ha habido cambio de poseedores, es preciso que ámbas posesiones que se refunden en una, reunan todos los requisitos legales (644 C.), y la del sucesor no tiene el de la buena fe.

VI.

276—Estas son lás disposiciones generales que ri-

gen en materia de prescripción, y á las cuales debe estarse en todos los casos, exceptuando solamente aquellos en que la ley, de un modo expreso, haya prevenido otra cosa (645 C). Esas excepciones deben estar fundadas en razones poderosas, y con este precepto se hacen desaparecer las dificultades y litigios que en casos particulares pudieran resultar de la ampliación ó restricción de las reglas comunes.

PARRAFO TERCERO.

DE LA PRESCRIPCIÓN NEGATIVA.

277—En este párrafo se trata 1. ° de lo que es la prescripción negativa y de sus diferencias con la positiva: 2. ° de las prescripciones de 30 años: 3. ° de las de 20: 4. ° de las de 15: 5. ° de las de 10: 6. ° de las de 5: 7. ° de las de 4: 8. ° de las de 3: 9. ° de las de 2: 10. ° de las de 1: 11. ° de las de 6 meses: 12. ° de las de 3: 13. ° de las de 2: 14. ° de las de 30 dias: 15. ° de las de 10: 16. ° de las de 9: 17. ° de las de 8: 18. ° de las de 5: 19. ° las de 3: 20. ° de las de 24 horas; y 21. ° de algunas advertencias generales en la materia.

I.

278—La prescripción negativa es, según ya se dijo, *un medio de libertarse de una carga ú obligación*

por el trascurso de cierto tiempo (629 y 630 C). Es pues, uno de los modos de extinguirse las obligaciones por el hecho de no haberse exigido su cumplimiento durante cierto tiempo determinado por la ley. Se ha establecido en pena de la morosidad de aquel á cuyo favor está constituida la obligación, que parece, ó renunciar á su derecho y abandonarlo puesto que no ha reclamado en mucho tiempo, ó hace presumir con su silencio que ya le fué satisfecha; y también, para evitar litigios difíciles, especialmente en su prueba, si se mantuviera viva indefinidamente la acción del acreedor y éste pudiera ejercitarla en cualquier tiempo.

279—Se diferencia de la positiva en varios puntos. Por medio de ésta, se adquiere el dominio de una cosa y el consiguiente ejercicio de todas las acciones que nacen del dominio: por medio de la negativa, solo hay exoneración de una obligación, y en consecuencia, no puede presentarse mas que como excepción (630 y 641 C).

280—La prescripción positiva, aparte del trascurso del tiempo, necesita de otros requisitos como el título y la buena fe; para la negativa basta el simple lapso del tiempo, porque dependiendo principalmente de la morosidad del acreedor en reclamar ó exigir, con sólo el tiempo basta para establecerla; no así en la positiva en que, como hay verdadera adquisición de dominio, al abandono del que tiene el derecho, deben agregarse actos positivos y legítimos de parte del que va á hacerse dueño. Además, si se exigiera título ó buena fe en la prescripción de acciones, ésta se haría casi imposible por ser muy difícil que existieran, y mas difícil aún que se pudieran acreditar.

281—Por esta misma razón, en la prescripción ne-

gativa no hay diversos términos para presentes y para ausentes, como en la positiva; porque ésta como se ha dicho, requiere actos positivos de posesión que bien pueden ser ignorados por el ausente, mientras que en la negativa, como depende todo especialmente de la morosidad del acreedor, y ésta es igual en uno y en otro caso, no hay razón para aumentar los términos.

282—Siempre que hay por una parte prescripción positiva, hay por la otra negativa, pues el que adquiere la cosa por prescripción es á costa de otro que por prescripción la pierde; pero no siempre que hay prescripción negativa por una parte, hay positiva ó adquisición de dominio por la otra.

283—Por la misma naturaleza de las cosas y derechos sobre que recaen la prescripción positiva y la negativa, son muy pocos los plazos diferentes que tiene aquella, mientras que son muchísimos los que tiene la otra, como que su duración está inmediatamente relacionada con la importancia de la acción que se extingue.

284—Va á hablarse ahora de éstos diferentes plazos atendiendo, además de las disposiciones del Código Civil, á las principales del Código de Procedimientos, pues aunque también hay prescripciones especiales en lo mercantil y en lo criminal, no parece propio tratar aquí de todas ellas. Mas antes de entrar á su enumeración, es de advertir que cuando la prescripción negativa recae sobre acción para recobrar el dominio de una cosa, se consuma por el lapso del término fijado para la prescripción positiva de la misma cosa (657 C). Así pues, la acción para recobrar el dominio de una cosa raíz, se extinguirá en cinco ó

diez años, es decir en el tiempo que quien la posée necesita para adquirirla por prescripción (125 Dec. de Ref. núm. 272): la acción para recobrar el de una mueble, en dos (654 C. y 126 Dec. de Ref. núm. 272). En estos casos, á la prescripción negativa de una parte corresponde la positiva de la otra: á medida que el uno va ganando el dominio, lo va perdiendo el otro. De lo contrario, podría resultar que el uno ya la hubiera adquirido legalmente por prescripción y el otro no la hubiera perdido todavía y, por lo mismo, pudiera ejercer su acción para reclamarla, y vice versa.

285—Respecto de las otras prescripciones en que no hay por una parte adquisición de dominio, se cuentan las que siguen.

II.

286—Por treinta años prescriben las servidumbres discontínuas no aparentes cuando solo se ejercen á largos intervalos como cada cinco ó cada diez años (inc. 2.° 225 Dec. de Ref. núm. 272).

III.

287—Por veinte años puede prescribir la acción de propiedad de los terrenos baldíos, siempre que concurran con la posesión los demás requisitos indispensables para la prescripción de los inmuebles (123 Dec. de Ref. núm. 272).

IV.

288—Por quince años prescribe la acción hipotecaria, y el término comienza á correr desde que es exigible la deuda que ha garantido la hipoteca (658 y 2033 C).

V.

289—Por diez años prescribe:

1. ° —La acción del coheredero para exigir la partición de herencia contra el que, en nombre propio, ha poseído el todo ó parte de ella. (194 Dec. de Ref. núm. 272).

Se redujo á diez por este artículo el término de 20 años que para este caso fijaba el Código, porque no había razón para fijar tiempo tan largo, pues aunque se atendiera al carácter mixto de real y personal que tiene la acción, hay algunas otras que lo tienen igualmente; y la acción hipotecaria que es tan privilegiada, no tiene esa duración, sino solo de quince años.

2. ° —Por diez años prescriben las servidumbres discontínuas ó no aparentes, contándose el término desde el día en que han dejado de gozarse (225 Dec. de Ref. núm. 272).

3. ° —Prescriben en diez años contados desde que se haya ejecutado un acto contrario á la servidumbre, las contínuas y aparentes (225 Dec. de Ref. núm. 272) También las servidumbres legales establecidas para uso público comunal se extinguen en 10 años (1306 C).

4. ° —El usufructo de bienes raíces y el uso y la habitación, se extinguen, estando ausente aquel á cuyo favor se han constituido, por diez años (5. ° 1373, 1382 y 1394 C). Aquí se encuentra una desviación de lo dicho sobre que tratándose de prescripción negati-

va, carece de razón la distinción entre presentes y ausentes.

5. ° —Por diez años se extingue también la acción puramente personal que no tenga señalado plazo especial (658 C). Si las obligaciones son condicionales ó á plazo, el tiempo no comienza sino desde la fecha del cumplimiento de la condición ó del vencimiento del plazo, que es cuando empiezan á ser exigibles (1455 y 1458 C). Para la de saneamiento, debe comenzar desde que tuvo lugar la evicción, como que hasta entónces no se había realizado el hecho que le da orígen (2. ° 1583 C). Cuando hay una sentencia que declara la obligación, se computa desde que aquella causó ejecutoria, que es cuando tiene el caracter de firme.

6. ° —De lo que acaba de decirse se infiere que, como personal, la obligación que tienen de rendir cuentas todos los que administran bienes agenos, prescribe en el término de diez años, pero hay además una declaración especial de la ley estableciéndolo así (672 C). Comienza desde el día en que se termina la administración, porque entónces principia también la morosidad de aquel á quien deben darse, en exigirlas; pero si la prescripción es de la acción para cobrar el saldo líquido de las cuentas, no se computa el tiempo sino desde el día en que la liquidación se aprueba por los interesados ó por sentencia ejecutoria (673 C.), pues hasta entónces no se sabe á favor de quien existe el saldo, ni puede haber, por lo mismo, reconocimiento de deuda. Solo respecto de las cuentas de la tutela se halla establecido que el término en que prescribe la acción para exigirlas comienza después de dos meses desde que feneció la tutela, ó después de la prórroga de cuatro meses que puede conce-

der el Juez, en caso de que la haya otorgado (400 C).

7.° —Por diez años se extingue además la acción ejecutiva que nace de un instrumento público, inscrito en el registro correspondiente, y en el cual se constituyó hipoteca. Si en el instrumento se fijare plazo, el término se contará desde su vencimiento; y si la obligación estuviere sujeta á condición, desde que ésta se realiza (916 C. pr). Así pues, dentro de los diez primeros años el acreedor tiene derecho de demandar á su deudor en la vía ejecutiva; y pasados, solo podrá hacerlo durante cinco años en la vía ordinaria, es decir, que para ejecutar, necesitará que recaiga sentencia que reconozca y declare su acción hipotecaria.

VI.

290– Por cinco años prescriben:

1.° —El usufructo y uso de una cosa raíz y el derecho de habitación, siendo entre presentes (5.° 1373, 1382 y 1394 C).

2.° —Toda acción del menor contra sus tutores, fiadores ó garantes por hechos relativos á la administración de la tutela (414 y 415 C.), computándose los términos desde las fechas expresadas al tratarse de la materia de cuentas de la tutela.

3.° —La acción para reclamar las rentas, los alquileres, ó cualesquiera otras pensiones no cobradas á su vencimiento, contándose el término respectivamente desde el vencimiento de cada una de ellas (670 C). Hay entónces presunción de pago y la considera-

ción de impedir que los deudores sean reducidos á la pobreza si tuvieran que pagar en junto pequeños atrasos acumulados. La ley entiende por renta el precio que se paga por usar de la cosa arrendada (1665 C.); y en falta de convenio, el conductor está obligado á pagar en cada semestre (2.° 1715 C). Es de advertir que la prescripción de la acción á alguna ó algunas de las pensiones, no perjudica el derecho de cobrar las siguientes ni las futuras, á menos que ese mismo derecho no esté prescrito conforme á las reglas respectivas, porque cada pensión tiene su término de prescripción, y puede perderse la acción á una pensión sin perderse el derecho á continuar percibiendo pensiones, que es cosa muy diversa (671 C).

4.° —A los cinco años de construido el edificio á destajo, sin haberse destruido, acaba la acción del dueño contra el operario ó arquitecto (1768 C).

5.° —El derecho del contumaz para ser oído, cuando es raíz la cosa demandada, en el concepto de que el término se cuenta desde que se ejecutorió el auto de entrega (437 C. pr).

6.° —Finalmente, el derecho de ejecutar por obligación simple ó personal, en virtud de título que sea ejecutivo. El término se cuenta desde el otorgamiento, si es simple; y desde el cumplimiento de la condición ó vencimiento del plazo, si ha mediado una ú otro (916 C. pr). Como los documentos simples necesitan estar judicialmente reconocidos para ser ejecutivos, y la ley dice que el tiempo para la acción se cuenta desde el otorgamiento; reconocido el documento dentro de los diez años de la acción personal, pero después de cinco del otorgamiento, solo servirá para la vía ordinaria; y reconocido dentro de los cinco, la

acción ejecutiva tendrá el mismo término que la ordinaria, de suerte que reconocido á los cuatro años del otorgamiento, solo durante un año podrá hacerse uso del derecho de ejecutar.

VII.

291—1.º Prescribe en cuatro años la acción para reclamar la nulidad de una obligación, contándose desde el día en que se contrajo (2369 C).

2.º—Por cuatro también, contados desde que están en poder de la persona á quien se rinden cuentas, acaba la acción para reclamar contra ellas, pues pasado ese término, prueban plenamente sin necesidad de aprobación expresa ni de reconocimiento, por la presunción que resulta del hecho de no haberles puesto reparos en todo ese tiempo(734 C. pr).

VIII.

292--Prescriben en tres años:

1.º—El usufructo y el uso de una cosa mueble (1373 C).

2.º—La acción para exigir el cumplimiento de la promesa de venta de una cosa raíz, cuando no se fijó plazo convencional dentro del cual debiera verificarse (1508 C).

3.º—A los tres años de retención se acaba, por el mero trascurso del tiempo, no habiéndose extinguido

por otra causa, el derecho del conductor para conservar, en seguridad del pago de las mejoras abonables que en ella haya puesto, la cosa arrendada. (1751 C).

IX.

293—Prescriben en dos años:

1.° —Los honorarios de los abogados, árbitros, arbitradores, notarios, procuradores y agentes judiciales; y se computa el término desde el día en que terminó el negocio, ó desde aquel en que cesaron los reclamantes en el patrocinio ó procuración (1.° 661 y 662 C).

2.° —Los de directores de casas de educación y profesores particulares de cualquiera ciencia ó arte; y corren desde el día en que debió pagarse el honorario ó pensión (661 y 663 C).

3.° —Los de los médicos, cirujanos, flebotomianos y matronas; contados desde el día en que se prestó el servicio, ó desde aquel en que cesó la asistencia (3.° 661 y 664 C).

4.° —Los sueldos, salarios, jornales ú otras retribuciones por la prestación de cualquier servicio personal; y corren desde el día en que cesó el servicio ó se entregó el objeto (4.° 661 y 665 C).

5.° —La acción de cualesquiera comerciantes ó mercaderes para cobrar el precio de objetos vendidos á personas que no fueren revendedoras: se computan desde el día en que fueron entregados los efectos, si la venta no se hizo á plazo; y si lo hubo, desde el vencimiento de éste (5.° 661 y 666 C).

6. ° —La acción de los artesanos para cobrar el precio de su trabajo. Se cuentan desde el día en que cesó el servicio ó se entregó el objeto (6. ° 661 y 665 C).

7. ° —La de los dueños de las casas de huéspedes para cobrar el importe del hospedaje; y la de ellos y la de los fondistas para cobrar el precio de los alimentos que suministren. Corre el tiempo desde el día en que debió ser pagado el hospedaje, ó desde aquel en que suministraron los alimentos, respectivamente (7 ° 661 y 667 C).

Por la índole y cuantía de estas reclamaciones no se concibe el retraso en su reclamación, y por eso se ha fijado este término breve.

8. ° —La acción para exigir los alimentos pretéritos solo puede ejercitarse por los que corresponden á los dos últimos años; pero no por los anteriores (659 C.);y si es para reclamar las últimas pensiones alimenticias debidas, se extingue á los dos años, contados desde que cesó la obligación de dar alimentos (660 C). Es tan limitado este término, por la clase de deuda y para que no se agrave la condición del deudor, si se le exigen de una vez muchas pensiones que separadas le habría sido fácil pagar,pero que reunidas ya, forman una cantidad regular,de difícil solución.

9. ° —El derecho del contumaz para ser oído,cuando es mueble la cosa demandada (437 C. pr).

X.

294—Prescriben en un año:

1. ° —La posesión (2. ° 541 C).

2.º—La acción para pedir la rescisión de las enagenaciones ú obligaciones hechas con fraude y en perjuicio de los acreedores, contado el año desde la fecha en que se celebró el contrato, se verificó el pago, ó se constituyó la obligación (350 Dec. de Ref. núm. 272).

3.º—La acción para demandar la posesión en juicio sumario (2.º 519 y 1158 C. pr).

4.º—El interdicto de adquirir (1091 C. pr).

5.º—La acción sumaria de despojo (1172 C. pr).

6.º—El interdicto de obra nueva, contándose desde la terminación de la obra cuya destrucción se intenta (1092 C. pr).

7.º—La facultad de revocar la donación por ingratitud; y correrá el plazo desde que pudo ser sabido por el donante alguno de los casos que la constituyen (734 C).

8.º—La acción para exigir el cumplimiento de la promesa de venta de una cosa mueble, cuando no se estipuló otro término (1508 C).

9.º—La acción para pedir la reducción de precio por defectos en la cosa vendida; y se computa desde el día en que fué entregada (1608 y 1609 C).

10º—La anotación á favor del acreedor á la herencia; ó del legatario que no lo fuere de especie, ni de rentas ó derechos reales consignados sobre un inmueble determinado; y corre desde la fecha de la anotación (1ª 2130 C).

11º—La acción por cuasi delitos (2292 C).

12º—La responsabilidad civil por injurias, ya sean hechas de palabra ó por escrito; y la que nace del daño causado por personas ó animales, y que la ley impone al representante de aquellas ó al dueño de los otros (668 C). El término corre, en el caso de daño, des-

de que se causó; y en el de injurias, desde el día en que fueron conocidas (669 C). Esto, que parece lo racional y á lo que debe estarse, no se halla de acuerdo sin embargo, con el artículo 85 del Código Penal que establece en general, que la prescripción de la responsabilidad criminal empieza á contarse desde que se comete el delito.

13 ○—El privilegio del crédito del arrendador de predios rústicos y urbanos; debiendo hacer el reclamo desde el vencimiento de la obligación (2416 y 2417 C).

XI.

295—Prescriben en seis meses:

1 ○—La acción para reclamar la propiedad de la porción de terreno arrancada por la fuerza del río, y llevada á un campo inferior ó á la ribera opuesta; y se cuenta el tiempo desde el acaecimiento (605 C).

2. ○—La de reclamar los árboles arrancados por la misma fuerza del río (606 C).

3. ○—La acción redhibitoria para deshacer la venta por causa de vicios ó gravámenes ocultos; y corren desde la entrega de la cosa (1607 C).

4. ○—El derecho del conductor para pedir rebaja de la renta por calamidades que menoscaben las cosechas; contándose desde el día en que debe pagarse la renta correspondiente al tiempo en que se padeció la calamidad (1693 C).

5. ○—La primera instancia; entendiéndose que corren desde la fecha de la última diligencia practicada en el juicio (454 C. pr. y 113 Dec. de Ref. núm. 273).

XII.

296—Prescribe en tres meses:

La acción del socio para reclamar contra la distribución de las ganancias ó pérdidas: se cuentan desde el día que tuvo conocimiento de ella. (1799 C).

XIII.

297—Prescriben en dos meses:

1. ° —La acción de desconocimiento de legitimidad del hijo, según se explicó en su lugar (207 á 211 C).

2. ° —La acción para contradecir la revocación de la donación por ingratitud (737 C).

3. ° —La anotación preventiva de que se habló en el número 10 del párrafo IX, cuando vencido el año de su fecha, áun no es exigible el legado ó crédito; y corren desde que lo sea. (2. ° 2130 C).

4. ° —La segunda y tercera instancia (454 C. pr. y 113 Dec. de Ref. núm. 273).

XIV.

298—Prescriben en treinta días:

1. ° —La acción de los acreedores privilegiados

que no pudiendo justificar sus créditos antes de la sentencia de graduación, protestan por los derechos que puedan corresponderles; y se cuentan desde que la sentencia de graduación haya causado ejecutoria (2401 C).

2. ○—El derecho de que subsista la fianza prestada en el juicio ejecutivo por el ordinario que después puede intentarse, y no se intenta dentro del plazo (230 Dec. de Ref. núm. 273).

3. ○—El derecho de que subsista el depósito de muger casada, sin intentarse la demanda de divorcio ó querella de adulterio; á no ser que el Juez haya prorogado el término por causas justas (1759 C. pr).

4. ○—El derecho de reclamar el dominio de los bienes denunciados como mostrencos, los que una vez subastados, se consideran irrevocablemente perdidos para el dueño (1802 y 1804 C. pr).

5. ○—El derecho de objetar cuentas recibidas sobre negocios mercantiles (30 C. Com).

XV.

299—Prescribe en diez días el derecho de interponer casación, contándose desde la notificación de la sentencia que causó ejecutoria (1877 y 1884 C. pr).

XVI.

300—Prescribe en nueve días el derecho de abrir un

remate, mediante puja en que se ofrezca veinte por ciento ó más, sobre el precio en que fincó el primitivo (fr. 2.ª 997 C. pr).

XVII.

301—Prescriben en ocho días:

1.° —El derecho del comprador á pagar el resto del precio de la venta en que no se estipuló plazo, para que no se declare la rescisión: corren desde la notificación de la demanda (1558 C).

2.° —El derecho de pedir término extraordinario de prueba; y se cuentan desde la notificación del auto en que se concede el ordinario (625 C. pr).

3.° —El derecho del quebrado ó su concurso para dar fianzas al asegurador á efecto de que no rescinda el contrato (1891 C).

XVIII.

302—Prescriben en cinco días:

1.° —El derecho de apelar del laudo cuando no se renunció el recurso (1281 C. pr).

2.° —El de interponer recurso de fuerza; contándose desde la fecha del último auto en que se niega la separación (1897 C. pr.); recurso que hoy ya no debe tener lugar.

XIX.

303—Prescriben en tres días:

1. ° —El derecho de los herederos para usar del tanteo sobre la parte hereditaria enagenada por un coheredero; contándose desde la fecha del aviso que ha de dárseles (1069 C).

2. ° —El derecho de tachar al experto ó intérprete del colitigante. Se cuentan desde la notificación del nombramiento (fr. 2.ª 217 y 222 C. pr).

3. ° —El de reclamar ser oído en justicia sobre la providencia judicial en que se imponga alguna corrección disciplinaria (410 C. pr).

4. ° —El de oponer excepciones dilatorias, salvo las de litis pendencia y falta de personalidad del actor. Corren desde la notificación del decreto en que se manda contestar la demanda (578 y 579 C. pr).

5. ° —El derecho de nombrar expertos y tercero (744 y 745 C. pr).

6. ° —El derecho del ejecutado para oponerse á la ejecución (970 C. pr).

7. ° —El de abrir el remate mediante pujas de un diez por ciento cuando ménos, sobre el precio del primitivo (1.ª 997 C. pr).

8. ° —El derecho de apelar de la sentencia en el juicio de arrendamiento (1055 C. pr).

9. ° —El de apelar del auto en que se deniega el interdicto de adquirir (1251 C pr. y 222 Dec. de Ref. núm. 273).

10° —El de interponer recurso de revisión en los juicios verbales (1251 C pr).

11 º—El de interponer recurso de queja ó de hecho, por apelación denegada, salvo el término de la distancia (1831 C pr).

12 º—El de súplica de los autos interlocutorios (1863 C pr).

XX.

304—Prescriben en 24 horas:

1 º—El derecho de la parte á ser oída en la recusación intentada contra un Juez de 1ª Instancia, salvo el plazo de la distancia (369 y 370 C pr).

2 º—El de contestar por escrito, cuando cabe hacerlo y no se hizo en el acto de la notificación, si no hubiere señalado otro tèrmino diferente (495 C. pr).

3 º—El de pedir aclaración ó ampliación de una sentencia ó auto (185 Dec. de Ref. n. º 273).

4 º—El de pedir revocación por contrario imperio de los autos y decretos no apelables (188 Dec. cit).

XXI.

305—En general, todos los términos judiciales pueden tenerse como otras tantas prescripciones; pero no se han mencionado muchos de ellos, como el de contestar la demanda, el de alegar y algunos otros, porque no tienen el carácter de perentorios y fatales.

306—Debe advertirse que el término de la prescripción para reclamar lo indebidamente pagado, es el que

corresponde en general para la prescripción de las acciones personales (328 Dec. de Ref. núm. 272). Que cuando ha recaído sentencia ú otro acto que dé á una acción el carácter de acción personal ordinaria, el término de la prescripción es ya, en virtud de ese título, el general de esas acciones, y no el especial que tenían, como si hay sentencia que declare que debe pagarse á un abogado tal cantidad que demanda por honorarios. Aunque la acción para demandar éstos, prescribe á los dos años, la sentencia tiene para su ejecución la duración común; y así también, si se reconoce en una escritura pública la deuda de honorarios, se atiende á la fuerza de la escritura y no al carácter de la deuda. En todos estos casos, ya se reclamaron los honorarios, y solo se trata del título ó acto en que consta la deuda.

307—Por último, hay algunas acciones que por su naturaleza ó importancia son imprescriptibles, como la acción del hijo para que se declare su filiación (221 C.): las servidumbres legales establecidas en utilidad pública ó comunal, cuando no se ha adquirido otra que las sustituya; siendo de advertir que, en la de paso, aunque haya prescrito la indemnización que por él debe darse, no por eso cesa el paso obtenido (1237 y 1306 C.): la acción de partición de herencia cuando todos los herederos poséen en común (1065 C).

308—El Código trató de reducir por lo general, los términos que para la prescripción fijaban las leyes españolas, y como medida para la transición estableció que respecto de prescripciones comenzadas antes de que fuera obligatorio, se computarían contando el período anterior, conforme á la legislación antigua, y el posterior á la fecha en que comenzó á regir el Có-

digo, conforme á éste; pero si entonces se hubiera cumplido ya el plazo de la prescripción que el mismo designa, tendrá la persona contra quien hubiera prescrito, el término de un año para hacer valer su derecho, si no estaba terminado el plazo concedido por las leyes anteriores (332 Dec. de Ref. núm. 273).

PARRAFO CUARTO.

DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.

I.

309—Corresponde tratar en este párrafo: 1. ○ de lo que es interrupción de prescripción, sus divisiones y modos con que se verifica; y 2. ○ de los efectos que produce cuando hay varios interesados.

310—Hay interrupción de la prescripción, *siempre que durante el término de ella, ocurre un hecho que viene á inutilizar todo el tiempo corrido antes de él* (684 C). Así pues, aquel cuya prescripción se ha interrumpido pierde todo lo adelantado hasta la época de la interrupción, y para que aquella pueda favorecerle, es preciso que de nuevo comienze á correr el término cuando cese la causa de la interrupción.

311—La interrupción puede ser *natural* y *civil.* Hay interrupción natural *si el poseedor es privado de la posesión de la cosa ó del goce del derecho, durante un año* (1. ○ 677 C). Falta entonces á la po-

sesión el requisito indispensable de continuidad; y se necesita que la privación haya sido durante un año, porque si antes de que termine se recupera la cosa, porque se devuelve voluntariamente al poseedor, ó la reclama en juicio, su privación momentánea se considera sólo como una perturbación en el goce de ella y no destruye la posesión, pues así como se necesita de un año para adquirirla, tiene que correr el mismo período de tiempo para perderla (2.° 541,2.° 519 C. 1158 y 1172 C. pr). Bastará por lo demás, que la acción sumaria para recuperar la posesión se intente durante el año, aunque la sentencia sea posterior, ya que naturalmente se retrotrae á la fecha de la demanda; pero si ésta ha tenido que ser ordinaria y no sumaria por haberse intentado después del año, aunque la sentencia sea mandando restituir la posesión, no se reponen las cosas, en cuanto á tiempo, al estado que tenían al interrumpirse, sino que habrá necesidad de un tèrmino nuevo, puesto que hubo verdadera interrupción.

312—Esta interrupción supone que otro, sea el dueño ó cualquiera otro, ha estado poseyendo la cosa durante el año, y así solo es posible en la prescripción positiva y en la extintiva de las servidumbres, y no en las demás negativas, porque debe haber una posesión que se corta ó se recobra, y esa posesión no existe en la prescripción negativa.

313—Como se dijo al hablar de la posesión, para que cese la registrada de un inmueble debe cancelarse el registro (539 C.); y es de notar que aunque en diversos artículos se habla de un año, como son además del del Código Civil, el 1091 y el 1172 del C. pr., el art. 1158 de éste exige la posesión por un año

y día para no estar obligado á responder sumariamente por la posesión.

314—La interrupción civil se verifica por medio de algunos actos que la ley determina y que finge que interrumpen la posesión natural. Esta interrupción cabe, tanto respecto de la prescripción positiva cuanto de la negativa, y se verifica en dos casos. En el primero, por demanda judical notificada al poseedor ó deudor, ó por embargo que se haga (2. ° 677 C, 2. ° 560 C. pr.) La demanda intentada revela la intención mas clara de recobrar la cosa ó derecho que se iba perdiendo por prescripción; y mediante ella, ya no puede atribuirse morosidad al dueño ó acreedor. Se necesita la citación, porque por medio de esta tiene el demandado conocimiento de la acción; y debe ser citación por demanda judicial, porque los actos é intenciones extrajudiciales, como que no emanan ni tienen el apoyo de la autoridad pública, no gozan de fuerza obligatoria para ser atendidos y respetados por aquel contra quien se dirigen.

315—Hecha la citación, queda ya la prescripción interrumpida, pues si continuara corriendo durante la demanda, nada sería tan fácil al demandado, y nada al propio tiempo tan abusivo, como alargar maliciosamente la conclusión del juicio, de suerte que, cuando llegara el momento de dar sentencia, ya estuviera completo el término de la prescripción.

316—En los juicios ejecutivos, el embargo se equipara á la citación para el efecto de interrumpir la prescripción, porque hace conocer á aquel á quien se embarga, la ejecución instaurada, de un modo mas práctico y sensible todavía que la citación.

317—Esta interrupción producida por la citación

judicial ó embargo, queda sin resultado en tres casos, á saber: si el demandante desiste de la acción intentada: si el demandado es absuelto; y si el acto judicial se declara nulo por falta de solemnidad (2.° 677 C.).

318—El demandante que desiste, reconoce el mejor derecho del demandado, ó por lo ménos, renuncia al suyo; y como la consecuencia natural del desistimiento es volver las cosas al estado que tenían antes de instaurarse la demanda, y que el que desistió no pueda proponerla otra vez contra la misma persona, ó los que la representen legalmente (443 y 444 C. pr.), es como si tal demanda no hubiera existido, ni la consiguiente interrupción. Como la ley habla de desistir, y el abandono es un desistimiento tácito, producirán el mismo efecto que el expreso, la deserción y el abandono de hecho, legalmente declarados (447 y 452 C. pr).

319—Cuando recae sentencia absolutoria de la demanda, lo cual es para el demandado áun mas favorable y concluyente que el desistimiento, debe, con mayoría de razón, producirse el efecto de que la prescripción no se tenga por interrumpida, pues el derecho convenido se robustece con esa impugnación, declarada ilegal, y como tal, desechada. Le aprovecha por consiguiente, todo el tiempo corrido entre la citación y la sentencia, pues si bien se establece que la citación constituye al demandado poseedor de mala fe, es con subordinación al resultado del juicio, de manera que la presunción sólo se confirma cuando es condenatorio el fallo, y se destruye por el contrario, si fuere absolutorio.

320—Si el acto judicial de la citación ó embargo

se declara nulo, por falta de solemnidad, como lo que es nulo no produce ningunos efectos, tampoco causa la interrupción. Lo mismo sucederá si el Juez que mandó hacer la citación ó el embargo, fuere declarado incompetente, porque es nulo también todo lo actuado por él (350 C. pr.) después de interpuesta y hecha saber la declinatoria de jurisdicción (97 Dec. de Ref. n. ° 273).

321—El otro modo de interrupción civil de la prescripción existe siempre que la persona á cuyo favor corre la prescripción reconoce expresamente, de palabra ó por escrito; ó tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe (3. ° 677 C.), porque desde que el poseedor reconoce que otro y no él, tiene el derecho de propiedad, ya no hay posesión con ánimo de hacer suya la cosa ni con buena fé; y desde que el deudor reconoce la acción de su acreedor, no puede atribuirse á éste negligencia y morosidad. Puesto que el reconocimiento puede hacerse áun de palabra, podrá hacerse también en documento simple, pero siempre en el concepto de que aquel á quien favorece, tiene que probar que lo hubo, por cualquiera medio legal: el que presta tal reconocimiento no hace mas que renunciar á su derecho privado, por la parte de prescripción hasta entonces consumada. Aun cuando no sea expreso el reconocimiento, interrumpe la prescripción si es tácito, procedente de hechos de cuya significación no puede caber duda para ese efecto, como si se renueva el documento de la deuda, ó se da fiador ó prenda para su pago, ó se hace un pago á cuenta del capital ó por los intereses (699 C. de Com.);ó se toma en arrendamiento del verdade-

ro propietario la cosa que prescribía. En todos estos casos, lo que se pierde generalmente es el tiempo trascurrido, pudiendo comenzar entonces una prescripción nueva, desde que se hizo la gestión en juicio á instancia de cualquiera de las partes litigantes; desde la fecha del nuevo documento, ó del pago de intereses, ó de la entrega de cantidad á buena cuenta (700 y 701 C. de Com.); pero algunos otros hay en que no sucede así, como en el de dar prenda y en el de que el poseedor pida al dueño autorización para continuar en la posesión del inmueble como arrendatario ó en otro concepto en que posea en nombre de él.

II.

322—Respecto de deudores solidarios, toda interrupción de la prescripción para uno de ellos, la interrumpe también respecto de los demás (678 y 1470 C.), así es que si el acreedor demanda, por ejemplo, á uno de los deudores solidarios, la citación interrumpe la prescripción no solo en cuanto á él, sino en cuanto á todos los otros no demandados. No hay morosidad del acreedor, porque exige de uno el total de la deuda, y porque por la naturaleza de la obligación, la que cada uno tiene es la que tienen todos. Sin embargo, si el acreedor, consintiendo en la división de la deuda respecto de uno de los deudores solidarios, solo exigiere de él la parte que le corresponde, no se tiene por interrumpida la prescripción respecto de los demás (679 C.); y es porque como aquí ya no se pide de uno de los deu-

dores el todo de la deuda, ni una porción de ella como parte del todo, el acreedor solo purga su morosidad por la parte reclamada. Como la deuda está dividida, falta el interés común entre los deudores: aquel en cuyo favor se dividió la deuda, pagará ó no pagará su parte; pero esto es indiferente para los otros deudores; y así, no los perjudican las gestiones que contra él se hagan, del mismo modo que no perjudica á uno de los deudores no solidarios lo hecho contra otro.

323—Lo dicho es aplicable á los herederos del deudor, sea ó no solidario, de suerte que toda interrupción respecto de uno de los herederos lo es también respecto de todos los demás (680 C). Esto significa pues, que la obligación de los coherederos es solidaria, por manera que los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero, de cualquiera de los que admitieron la herencia sin beneficio de inventario; y hasta donde alcance su porción hereditaria, de los que admitieron con aquel beneficio.

324—Si en vez de tratarse de deudores solidarios, se trata por el contrario, de no solidarios, la regla es á la inversa: para que la prescripción de una obligación se interrumpa respecto de todos ellos, se requiere el reconocimiento ó citación de todos (682 C.), porque ninguno está obligado por el total, ni están ligados entre sí por el vínculo de un interés común, de modo que cualquiera gestión contra uno de ellos, se limita, en sus efectos, á su parte respectiva, sin extenderse á las de los demás.

325—En cuanto á acreedores solidarios, la interrupción de la prescripción á favor de alguno de

ellos, aprovecha á todos los demás (683 C y 1463 C.), porque sus derechos son los mismos que los de aquel á cuyo favor se interrumpió; la deuda es una sola por un solo todo, y si uno de los acreedores puede recibir la totalidad, con mayor razón puede hacer actos conservatorios de ella.

326—Entre deudor y fiador, la interrupción de la prescripción contra el deudor principal, produce los mismos efectos contra su fiador (681 C.), porque la fianza, como accesoria, sigue la suerte de lo principal; y si la interpelación hecha á un deudor mancomunado interrumpe la prescripción respecto de los otros, con mayor razón respecto del fiador.

PARRAFO QUINTO.

DE LA MANERA DE CONTAR EL TIEMPO PARA LA PRESCRIPCIÓN.

327—Siendo el tiempo un elemento tan importante en la prescripción positiva, y el esencial y decisivo en la negativa, es preciso determinar cómo se cuenta, puntualizando cuándo comienza y cuándo acaba el período de cada prescripción; y al efecto, la ley establece las reglas indispensables. A cinco pueden reducirse las que rigen en la materia.

328—1. ª Es la primera que el tiempo para la prescripción se cuenta por años, y nó de momento á momento (685 C.); ó sea, que el cómputo es civil y no na-

tural. Así pues, la prescripción que comienza el 1.° de Enero de 1880 y es de diez años, no concluye sino hasta el 31 de Diciembre de 1890; y no se hace la computación por instantes ni por horas, por la dificultad de precisarlos con uniformidad y exactitud. Se exceptúan únicamente los casos en que la ley determine de un modo expreso, que se cuente de momento á momento, lo cual sucede en los términos judiciales muy cortos en que se fija en el número de horas, como el de ser oído en la recusación contra un Juez de 1.ª Instancia (369 y 370 C pr.):el de contestar por escrito cuando no se hizo en el acto de la notificación (495 C pr.): el de pedir aclaración ó ampliación de auto ó sentencia (185 Dec. Ref. n.° 273.); y el de pedir revocación por contrario imperio (188 Dec. cit). En estos casos, el término se computa desde el momento de la notificación, y por tanto, si es de 24 horas y se hizo á las doce y veinticinco minutos del día, concluye á las doce y veinticinco minutos del día siguiente.

329—2.ª La segunda regla es que cuando la prescripción se cuenta por años ó por meses, éstos se regulan con el número de días que les corresponden (686 C). Así, la prescripción de seis meses que comienza el día 1.° de Enero de 1881, termina el último de Junio de 1881, sin fijarse en que algunos de los meses tengan 31 días ni en que Febrero haya tenido 28 ó 29; y se computa conforme al calendario usado y recibido generalmente, que es el gregoriano. Esta regla sirve para facilitar el cálculo y evitar cuestiones á causa del diferente número de días de los meses.

330—3.ª La tercera regla es que cuando la prescripción se cuenta por días, como para la acción de desconocimiento de legitimidad hecho por el padre (208

C.), estos se entienden de 24 horas naturales, contadas de doce á doce de la noche (687 C). Esta explicación en la materia, tiende á evitar la inteligencia que podría darse de quedar completa la prescripción con el día hábil, es decir, con la hora en que se pone el sol.

331—4.ª Es la cuarta regla que las prescripciones en que no se computan los términos de momento á momento, el día en que comienzan se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; pero aquel en que la prescripción termina, debe ser completo (688 C). En el ejemplo antes propuesto, de una prescripción de seis meses que comienza el 1.º de Enero de 1881, se computará íntegro este día, aunque la prescripción haya comenzado á las cinco de la tarde de él; pero no concluirá el término sino hasta las doce de la noche del día 30 de Junio. Se establece así en cuanto al último día, por ser la prescripción una pena de la morosidad del deudor, y porque puede saberse, sin cuestión, que el último día se cumplirá en su totalidad, esto es á las doce de la noche; miéntras que no será fácil determinar la hora en que comenzó el curso de la prescripción en el primer día, por no haber un dato que merezca fe pública que lo haga constar, y esa dificultad obliga á tenerlo como entero, para salvar contiendas.

332—5.ª La última regla en el particular es que cuando el último día de la prescripción es feriado, no se tiene por completo sino hasta cumplido el primero que siga, y sea útil (689 C). Según esto, terminando la prescripción un día Domingo, ó de fiesta cívica como el 15 de Setiembre, no se completará la prescripción hasta las doce de la noche del siguiente, no siendo éste feriado; y si lo fuere también, hasta las doce de la noche del primero que no lo sea. La ley supone que en

día feriado no podrá generalmente hacer valer su derecho aquel contra quien se prescribe; y dependiendo de eso que la prescripción se consume, ha dictado esta disposición, puramente fundada en equidad.

333—Los términos judiciales que, según se ha indicado, son casi todos, otras tantas prescripciónes, comienzan á correr desde el día de la notificación de la providencia, y en ellos se incluye también el día en que espiran (388 y 391 C. pr). Con este motivo, y pudiendo ser que el cómputo tenga que hacerse por horas, debe hacerse constar el día y la hora en que la notificación se verifique (494 C. pr).

334—Antes se ha visto que ordinariamente, en las prescripciones se cuenta íntegro el día en que comienzan; y por esto quizá no se exige en la generalidad de los instrumentos públicos, la determinación de la hora (1. ° 163 C pr.). Como excepción, se exige en los testamentos (153 Dec. Ref. n. ° 272.), sin duda para evitar cuestiones en caso de que aparezcan dos otorgados en un mismo día: en el seguro comercial (8. ° 405 C. Com.), por si en ese momento ya no existe la cosa asegurada ó está libre de riesgos, y lo sabe el asegurado: en el acta de protesto (5. ° 615 C. Com.), porque debe ser hecho antes de las tres de la tarde (619 C. Com.). En las inscripciones del registro de la propiedad se expresa la hora de la presentación del título, porque de ella depende la prelación de los presentados en un mismo día (7. ° 2088 y fr. 2. ª 2103 C.): en la inscripción de defunciones en el Registro Civil se expresa la hora en que ocurrió la muerte (2. ° 467 C.); y la del nacimiento, en la del de gemelos (451 C).

TITULO SETIMO.

DE LA ENAGENACION.

335—La palabra *enagenación* es una voz genérica que comprende todas las trasmisiones de dominio, ó modos derivativos de adquirirlo: en ese sentido, el testador enagena sus bienes cuando dispone de ellos en testamento; y los enagena el que constituye sobre ellos una servidumbre ó hipoteca. Representa más directamente el hecho de la persona que se desprende de la propiedad, que el de aquella que la obtiene; pero como son correlativos el desprendimiento de uno y la adquisición de otro, comprende á ámbos. Es *el acto por el cual una persona trasfiere á alguno el dominio de una cosa* (690 C). La enagenación puede ser por *título gratuito* y por *título oneroso:* por título gratuito, cuando el adquirente no dá nada en compensación de la cosa adquirida, como en la donación; y comprendiéndose en ésta tanto la que se hace entre vivos como por causa de muerte, se puede hacer extensiva á la sucesión en general; y puede comprenderse también la prescripción, por mas que el Código parezca excluirla, ocupándose de ella antes que de la enagenación. Es por título oneroso la enagenación, cuando el adquirente dá algo en compensación de lo que recibe, como en la venta y en la permuta, en que hay adquisición por ámbas partes 690 C). Va á tratarse 1. ° de los que pueden enagenar; y de los que

no pueden hacerlo absolutamente, ó sin sujetarse á determinados requisitos: 2.° de la evicción y saneamiento; y 3.° de la tradición ó entrega.

I.

336—Tienen facultad de enagenar todos los que pueden disponer libremente de sus bienes (691 C.); y la enagenación hecha por el que no es dueño, no traslada la propiedad, sino que, solo cuando hay buena fe, dá derecho para prescribir. El derecho de enagenar, que corresponde á los que tienen la libre disposición de sus bienes, está sujeto sin embargo á diferentes limitaciones que, por razones poderosas, establece la ley. Así, no se pueden donar todos los bienes sin que se reserve el donante lo necesario para su céngrua subsistencia (139 Dec. de Ref. núm. 272). Así también, la ley niega validez á algunas enagenaciones hechas en el tiempo próximo inmediato á la quiebra (2361 C., 1445 y 1446 C. pr). La constitución de servidumbres se reputa como enagenación en parte, de la propiedad del predio sirviente: los que no pueden enagenar, no pueden imponerlas; y los que para enagenar deben llenar ciertas solemnidades ó condiciones, las necesitan para constituir servidumbres (1281 C).

337—Los que no tienen el dominio exclusivo de una cosa, ya porque voluntariamente se han puesto alguna limitación, ya porque hay otros que participan de la propiedad de ella, ó ya porque los dueños son personas que dependen de otras, no pueden enagenar sino con ciertas formalidades.

338—Así, no puede enagenar la muger casada, sin licencia del marido ó del Juez (156 C. y 47 Dec. de Ref. núm. 272). No puede la casada enagenar los parafernales que administra, sin licencia del marido ó del Juez, ni las arras (1141 C. y 207 Dec. de Ref. núm. 272). El socio no puede enagenar su interés en la sociedad, ni el que no es administrador, enagenar las cosas pertenecientes á la sociedad (1802 y 1803 C). Las enagenaciones hechas por un sólo partícipe ó coheredero, de la cosa común, y los derechos reales con que la hubiere gravado, solo subsisten sobre la parte que en la división le corresponda, á ménos que después intervenga la voluntad de los otros adjudicatarios (535 C. y 192 Dec. de Ref. núm. 272).

339—El que enagena, hipotecando alguna cosa sobre la que tiene un derecho limitado, se entiende que lo hace con las limitaciones á que está sujeto su derecho, aunque así no se exprese (2021 C).

340—El heredero ó legatario no puede enagenar su parte en la herencia sino después de la muerte de aquel á quien se hereda; si hubiere otros herederos, el que quiera enagenar su parte, debe instruirles de la enagenación y sus condiciones, porque ellos gozan del derecho del tanto (195 Dec. de Ref. núm. 272, 1067 y 1068 C).

341—El propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, puede enagenarlos con la condición de que se conserve el usufructo, y nó de otro modo (1339 C).

342—Los inmuebles ó derechos reales anotados preventivamente, pueden enagenarse ó gravarse, pero sin perjuicio del derecho de aquel á cuyo favor se hubiere hecho la anotación (2123 C).

343—Durante la sustanciación del juicio heredita-

rio, no pueden enagenarse los bienes de la herencia, si los herederos no están de acuerdo y hay menores interesados, sino con aprobación judicial y concurriendo algún motivo poderoso, como que los bienes puedan deteriorarse: que sean de difícil y costosa conservación: que para la enagenación de frutos se presenten condiciones ventajosas; ó que sea para el pago de una deuda ó gasto urgente (276 Dec. de Ref. núm. 273).

344—No pueden enagenar los menores ó incapaces (29 y 42 C.), ni los que, como pena accesoria, han sido condenados á la inhabilitación de los derechos de familia, entre los cuales se comprende la administración de los bienes y el derecho de disponer de ellos por acto entre vivos (31 C. Pen).

345—No puede enagenarse una cosa después de hecha la citación en demanda sobre ella, si se hubiere anotado la demanda; y si se enagenare ó gravare, lo hecho es nulo (135 Dec. de Ref. núm. 273), salvo que tenga conocimiento el comprador; y para el efecto de esta nulidad, el que demande la propiedad de bienes raíces ó derecho real sobre ellos, ú obtenga providencia que prohiba la enagenación, puede pedir anotación preventiva (2111 C).

346—Los que administran bienes agenos, pueden enagenarlos, ó conforme á la voluntad del dueño, si éste tiene la libre disposición de ellos, ú observando las solemnidades que prescriben las leyes para la enagenación de los de menores ó incapaces.

347—Como las facultades del guardador de un ausente son las mismas que las de los tutores (10 Dec. de Ref. núm. 272), puede enagenar con iguales formalidades: el heredero que tiene la posesión provisio-

nal de los bienes de un ausente; no puede enagenar ni hipotecar los bienes raíces sino en los mismos casos y con iguales formalidades (13 Dec. de Ref. núm. 272). La enagenación de inmuebles, derechos reales y muebles preciosos de menores, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, no pueden hacerla los tutores, sino acreditada la necesidad y utilidad, con autorización judicial y en subasta pública y judicial (373, 376 y 379 C. y Decreto de 3 de Setiembre de 1861).

348—El marido no puede sin consentimiento de la muger, enagenar, hipotecar ni empeñar los bienes dotales cuyo dominio conserva ella, á ménos que la enagenación sea indispensable para alimentar á la familia, por no haber otros bienes, ó porque no sean de cómoda división y tenga parte en ellos un tercero (1129 y 1130 C. y 205 Dec. de Ref. núm. 272).

349—El marido que administra los inmuebles parafernales por haberlos recibido en ese concepto, no puede, bajo pena de nulidad, y fuera de los casos de excepción que hay para los dotales, enagenarlos ni hipotecarlos sin consentimiento de la muger (1149 C. y 208 Dec. de Ref. núm. 272).

350—La muger separada de bienes no necesita de la autorización del marido para enagenar, á cualquier título, los muebles que separadamente puede administrar (1175 C). Para que pueda enagenar el mandatario, el encargo debe constar expresamente en cláusula especial y por escritura pública (319 Dec. de Ref. núm. 272).

II.

351—El que enagena algo por título oneroso, que-

da obligado á la evicción, esto es, á la defensa judicial de la cosa enagenada, en el caso de ser demandado por ella el que la recibió. Queda obligado también al saneamiento, esto es, á responder por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios, si el que la recibió la pierde judicialmente, ó se descubren en ella vicios ocultos que no se consideraron al tiempo de la enagenación (1583 C., 128 y 161 Dec. de Ref. núm. 272). El Código ponía como ejemplo de título oneroso la venta, la permuta (1660 C.), el pago, la dote necesaria, la transacción (693 C.); sin embargo, en otra parte, en tratado especial, se establece que en las transacciones no hay lugar á la evicción y al saneamiento, excepto el caso en que por ellas dé una de las partes á la otra, alguna cosa que no era objeto de la disputa (1840 C. modificado hoy por el 274 del Dec. núm. 272). Cada sócio está obligado á entregar y sanear á la sociedad la cosa que prometió (1787 C). El vendedor de un crédito ó derecho incorporal, está obligado al saneamiento (1636 C).

252—Entre las cosas que se adquieren á título lucrativo, la regla general es que no hay lugar á la evicción y saneamiento. Se exceptúan sin embargo dos casos:

1. ° —En las hijuelas de partición de bienes comunes (130 Dec. de Ref. núm. 272; 196 de éste mismo y 1074 á 1081 C.):

2. ° —En los legados genéricos (2. ° 130 Dec. de Ref. núm. 272);de donde se infiere que no es lo mismo en los específicos. De suerte que si un testador lega un caballo, por ejemplo, y el legatario es desposeído de él, puede pedir sàneamiento á los herederos, porque éstos se hallaban obligados á darle un caballo cuya po-

sesión pudiese conservar. Pero si ha legado tal caballo determinado, y éste resulta de ageno dominio, no tiene efecto el legado; y por consiguiente, no hay derecho de pedir saneamiento. Como de la evicción y saneamiento trata el Código más detenidamente en el contrato de compra, se reserva para cuando se explique ésta, mayor ampliación en el particular.

III.

353.—La entrega ó tradición, es la traslación de la posesión, ó el acto por el cual uno pone en mano, ó en poder de otro, alguna cosa. Puede ser real ó presunta: es *real*, cuando interviene entrega efectiva; y *presunta* cuando uno se constituye depositario de aquello mismo que tenía en su poder por otro título (fr. 2.ª 1948 C.), como si se continúa teniendo como un depósito lo que antes se tenía prestado.

354—Para que se tenga por hecha legalmente la entrega ó tradición, no es necesario que la cosa pase materialmente de uno á otro poseedor. Esta clase de entrega sólo se verifica generalmente en las cosas muebles; en las inmuebles, la entrega puede hacerse, ó poniendo al nuevo dueño realmente en posesión de la finca que se trasmite; ó dándole, por ejemplo, las llaves de la casa; ó manifestando de cualquier otro modo que se le concede la posesión. Cuando la cosa ha estado en poder del que la adquiere por cualquier otro título, v. g., por arrendamiento, no es necesaria la entrega, sino que se considera hecha con el otorgamiento de la escritura.

355—La tradición puede, por tanto, efectuarse de varias maneras: el modo con que se verifique es indiferente, y las varias clases de tradición corresponden á la diferente naturaleza de las cosas á las que ha de adaptarse, pues si fuera preciso siempre que se hiciera de mano á mano, sería imposible respecto de muchas. Hay

1. ○ —Tradición *verdadera* cuando se pone la cosa mueble en manos de aquel á quien se trasfiere. También se llama *natural*.

2. ○ —Tradición *simbólica*, cuando se entrega realmente una cosa que, como signo anterior y sensible, representa convencionalmente á la otra que se quiere trasferir, como si se dan las llaves de una casa, llaves que, en la estimación forense y común, se toman por el derecho que se tiene en la casa.

3. ○ —Tradición que se llama *brevis manu*, que es equivalente de tradición natural, cuando uno que ya posée la cosa, pero en nombre de otro, adquiere el derecho de tenerla como suya, como si al comodatario regala el comodante la cosa que ya aquel tenía prestada: si el depositario compra al deponente la cosa depositada que se halla ya en poder de aquel. Aquí hay una ficción mediante la cual se suponen hechas dos entregas que, por innecesarias, se suprimen.

4. ○ —Cuando se pone la cosa mueble á la vista de aquel á quien se traspasa, ó se pone á su órden, de suerte que hay posibilidad inmediata de entrega real, como si se lleva un paquete de dinero para que otro lo cuente y reciba, y éste renuncia á contarlo; ó se pone la cosa en su presencia, y se supone como tomada á distancia, por lo cual se llamaba *longa manu*.

5. ○ —Cuando el que poseía como dueño, conti-

núa haciéndolo en nombre de aquel á quien traspasó el dominio, como si el que vende la casa queda ocupándola en calidad de inquilino.

6. ° —Cuando aquel á quien se hace el traspaso es llevado por el que lo verifica á la misma finca ó á su inmediación; ó con ella á la vista, manifiesta que es su voluntad trasladarla, lo cual se llama toma de posesión.

356—La entrega puede ser también *judicial* cuando se hace que la autoridad judicial intervenga poniendo al adquirente en posesión de la cosa (1577 C.); y *extrajudicial*, cuando aquella autoridad no interviene.

357—La entrega debe hacerse por el dueño ó su apoderado, al que adquiere la cosa ó á quien lo representa, como al tutor por el pupilo, al marido por la muger. El que sin estar facultado suficientemente, ó sin tener derecho, hace la entrega de una cosa, no completa ni perfecciona por esto la enagenación; y tampoco adquiere derecho ninguno el que la recibe indebidamente.

358—Como en los contratos consensuales basta el consentimiento de las partes, constante en forma legal, para que queden perfeccionados; la venta, sociedad, etc. nc necesitan entrega para que las partes tengan que cumplir sus respectivas obligaciones (1398 y 1479 C). En estos casos, la tradición no es necesaria para perfeccionar el contrato; pero sí completa la enagenación y así, no es más que una ejecución ó cumplimiento del contrato (1590 C., 254 Dec. de Ref. núm. 272).

359—En los contratos reales, como el mútuo, depósito, etc. no basta el consentimiento de las partes para producir obligación; es necesario que haya entre-

ga de la cosa sobre que el contrato recae. Por ejemplo, si se nos ofrece una cantidad de dinero á mútuo, mientras no se reciba el dinero, no quedamos obligados, y no hay mas que promesa de mútuo. Hecha la entrega, es cuando el contrato ya queda perfecto y produce sus efectos entre los que lo han celebrado (1398 y 1902 C).

360--La donación requiere para su perfección la aceptación del donatario y la entrega de la cosa. Esta entrega produce el efecto de completar la enagenación. pero hay la especialidad de que se necesita de la aceptación expresa del donatario para que la donación subsista. En éstos casos, la entrega sola no basta para que la obligación se perfeccione.

361—Otro tanto sucede en las herencias: aunque se haya hecho al heredero la entrega de todos los bienes, no adquiere por eso solo la calidad de heredero. Para que se le pueda exigir el cumplimiento de sus obligaciones, es necesario que haya aceptado expresa ó tácitamente la herencia (853 C.); pero hay que tener presente por otra parte, que un acto tácito es entrar en posesión.

362—En las cosas incorporales, no hay tradición sino cuasi-tradición, ni posesión sino cuasi-posesión; y consiste en el ejercicio de un derecho por la una parte, y la tolerancia y aquiescencia por la otra.

363—En la traslación de derechos y acciones contra un tercero, la tradición se verifica con la entrega del título; y en su defecto, con el otorgamiento de un nuevo título por el cedente y admisión del cesionario (1632 C).

364—En la sociedad general, la comunidad de bienes se verifica sin necesidad de traslación, y pasan al

dominio de la sociedad, por ministerio de la ley (fr. 1.ª 1783 C).

365—Antes de concluir, debe advertirse que para completar la enagenación de las cosas raíces, se necesita la inscripción del título en el registro de la propiedad; pues no inscribiéndolo, el comprador será dueño con relación al vendedor; pero no respecto de otros adquirentes que hayan cumplido con ese requisito.

TITULO OCTAVO.

DEL MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO POR HERENCIA.

366—La palabra *herencia* se emplea, unas veces para significar el conjunto de los bienes que quedan á la muerte de una persona; y otras, se toma como sinónima de sucesión; y es entónces, *la trasmisión á una persona, de los bienes, derechos y acciones que otra tenía al tiempo de su muerte* (746 C). Es un modo derivativo y universal de adquirir el dominio, porque en virtud de él se obtiene el derecho de propiedad que otro tenía; y se adquiere, no en una ú otra cosa particular, sino en el conjunto de todos los bienes y derechos que formaban el haber de la persona á quien se hereda. La herencia se llama también sucesión, porque en virtud de ella el heredero entra á ocupar el lugar que tenía aquel á quien se hereda, de modo

que le sustituye en todos aquellos derechos y obligaciones que no son, por su naturaleza, tan personales que deban acabar forzosamente junto con el individuo que los tenía. La herencia es sucesión á título universal, siempre que se trasmiten todos los bienes, derechos y obligaciones trasmisibles, ó una cuota de ellos, como la mitad, el tercio, el quinto; pero hay también sucesión *singular*, cuando se sucede en una ó mas especies ó cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; ó en una ó mas especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta fanegas de trigo. En éste caso, no hay propiamente herencia.

367---La herencia puede ser *testamentaria* y *legal* (747 C). Testamentaria, *la que se adquiere en virtud de testamento*, ó sea, por declaración expresa y formal del dueño de los bienes; y legal, *la que se adquiere, en falta de testamento, por disposición de la ley.* En la herencia testamentaria, la ley no hace mas que dar garantía y sanción á la voluntad del testador, haciendo que se respeten sus disposiciones, y reconociéndole, en virtud de su dominio, la facultad de ordenar lo que ha de hacerse con sus bienes después de su muerte. En la herencia ó sucesión legal, la ley, con el fin de no dejar incierto el dominio, y para evitar las cuestiones á que daría lugar la incertidumbre, suple la omisión de la declaración de la voluntad del difunto, é interpretándola conforme á lo que natural y ordinariamente pasa, defiere la herencia á aquellos á quienes es de presumirse que él la habría dejado, si hubiese hecho testamento.

368—*Heredero* se llama *la persona que sucede en los bienes y acciones de otra que ha fallecido* (749 C);

y debiendo su derecho emanar de un testamento, ó en defecto de éste, de la disposición de la ley, el heredero es *testamentario* ó *legal*, que también se llama *ab intestato* (751 C). El Código reconocía además una clase de herederos que se decían *forzosos*, porque, á ménos de concurrir alguna de las causas que se admitían para la desheredación, debían heredar forzosamente, aunque el causante hubiera hecho testamento en otro sentido. De esa clase eran los descendientes; pero la herencia forzosa ya no existe porque el Decreto Legislativo de 13 de Abril de 1881 estableció que el derecho de disponer de los bienes por testamento, es libre; y en consecuencia, toda persona capaz puede, sin más limitación que el derecho que la ley dá á algunas personas para ser alimentadas, instituir como heredero de sus bienes, á cualquiera que no tenga incapacidad legal de heredar. Esa disposición se reproduce en los artículos 158 y 159 del Dec. de Ref. núm. 272

369—Como es fácil observar, la herencia no se adquiere sino después de la muerte de la persona en cuyos bienes y acciones se va á suceder. Es indispensable pues, hacer constar ese hecho, lo cual generalmente no ofrece dificultad; y es indispensable también que el heredero sobreviva á aquel á quien se ha de heredar. Puede ofrecerse sí dificultad cuando no es posible saber, cuál murió primero de dos ó más personas que debían heredarse recíprocamente, y que fallecieron en un naufragio, incendio, terremoto ú otro accidente semejante. El Código decía que en ese caso se las reputaba muertas á un tiempo (748 C.) y limitada á ésto su declaración, la cuestión podía hacerse insoluble. Supongamos que A y B mueren en un nau-

fragio: que si A hubiese muerto primero, su heredero legal habría sido B; y si B hubiera muerto primero, su heredero habría sido A; y que en defecto de ellos, los herederos legales de A sean diferentes de los herederos legales de B. Muertos A y B á un tiempo, los herederos legales de A no podrían suceder en los bienes de B, porque tampoco su causante los había heredado, ni los de B sucederían en los bienes y acciones de A; de suerte que no habría sucesión recíproca entre las personas muertas, sino que cada uno de ellas tendría por herederos respectivamente á los llamados por la ley, sin consideración á la otra persona (Pacheco). Para no dejar este punto importante sujeto á la interpretación, convenía que la ley lo fijara expresamente, como se ha hecho en otros Códigos que excluyen la supervivencia, contra el sistema romano y francés, que fijándose en ciertas condiciones y circunstancias personales, establecen reglas conforme á las cuales debe decidirse quién murió primero. Así se hizo ya por el artículo 151 del Dec. de Ref. núm. 272 que declara que, en el caso de reputarse muertas á un tiempo dos personas, no habrá lugar entre ellas á sucesión recíproca, sino que cada una tendrá por herederos respectivamente, á los que sean llamados por la ley, sin consideración al otro.

370—Para ser heredero, basta estar concebido al tiempo de la muerte de la persona á quien se hereda (750 C.), siguiendo el principio de que al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece (23 C). Mas, para que la sucesión tenga efecto cuando áun no ha nacido el que ha de heredar, se requiere que nazca, y viva 24 horas (750 C.), por las razones que se expresaron al tratar del estado de las perso-

nas, á saber, que los derechos son para los individuos de la especie humana, y que es indispensable que pase cierto número de horas para que pueda hacerse constar de un modo inequívoco que efectivamente vivió aquel de quien se trata.

TITULO NOVENO.

DEL TESTAMENTO.

PARRAFO PRIMERO.

DEL TESTAMENTO EN GENERAL.

I

371—*Definición*—El testamento es *el acto más ó ménos solemne, y esencialmente, revocable, en que una persona dispone del todo ó parte de sus bienes, derechos y acciones para cuando haya muerto* (776 C). Esa disposición consta siempre en un documento escrito, y al instrumento que la contiene se llama también testamento. Se dice en la definición que *es un acto*, porque se hace por solo la voluntad del que dispone de sus bienes, el cual se denomina testador; á diferencia de las donaciones y demás contratos en que deben concurrir dos voluntades. *Más ó ménos solem-*

ne; porque siempre hay que llenar determinadas formalidades, más ó ménos numerosas y estrictas, según que se haga en circunstancias comunes, ó en circunstancias extraordinarias. *Esencialmente revocable;* porque no teniendo su orígen mas que en la voluntad del testador, sujeta á cambiar durante toda su vida, la noción de su derecho de propiedad y la de ser acto de él sólo, requieren que tenga siempre la facultad de alterarlo, à diferencia también de lo que pasa con las donaciones entre vivos, y otros contratos. En ese acto, el testador *dispone*, y ésto indica ya que la misma persona á quien corresponden los bienes es la que ha de disponer, como que, según se verá después, está prohibido, áun dar poder para testar; y no se admite tampoco que uno en su testamento disponga de los bienes de otro, como podía hacerse por las legislaciones romana y española en la sustitución pupilar y cuasi-pupilar.

372—Se dispone *del todo ó parte de los bienes, acciones y derechos*, porque así como puede instituirse heredero y comprender todos los bienes, puede ser que solo se hagan en él algunos legados sin instituir heredero universal, ya que la institución no es hoy esencial para la validez del testamento (825 C). Entre nosotros pues, no tiene aplicación el principio del derecho romano y de las leyes de Partida de que nadie podía morir en parte testado y en parte intestado, sino que, si el testador, en su testamento, solo dispone de una parte de sus bienes, el resto acerca del cual se considera como muerto abintestato, corresponderá á los herederos legales, es decir, á aquellos á quienes toca suceder abintestato (826 y 829 C).

373—En el testamento se dispone de los bienes *pa-*

ra cuando el testador haya muerto; y en consecuencia, no produce efecto sino desde la muerte del testador (770 C). Miéntras éste vive, no hay propiamente nada más que un proyecto de lo que se hará después de la muerte: el momento de ésta es el que decide de la cantidad disponible: el del otorgamiento, de la capacidad general para hacer testamento y de las formalidades externas.

II.

374—*Consecuencias de la definición.*—Como el testamento es la declaración de la última voluntad, debe ser enteramente libre; así es que no valdría que se hubiera otorgado por la influencia de una coacción, como no vale, en igual caso, el consentimiento prestado en los contratos. Por oponerse á la libertad, y por evitar sugestiones y manejos de mal carácter, y evitar el peligro personal á que pudiera darse lugar, y las dificultades que surgen en caso de revocación por parte de uno de los otorgantes, está prohibido el contrato de sucesión recíproca entre cónyuges, ó entre cualesquiera otras personas; y es nulo el testamento que se otorgue en virtud de tal contrato (808 C.); así como es prohibido también todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, áun cuando ella preste su consentimiento, ó cuyo fallecimiento se ignora (1421 C).

375—El testamento es acto de sólo la persona que dispone de sus bienes; y en consecuencia, es nulo todo testamento otorgado en común por dos ó mas per-

sonas, sea quien fuere el heredero instituido (809 C). Este testamento, que cuando los otorgantes se instituían recíprocamente herederos, se llamaba *mutuo*, y en los demás, *conjunto*, no está admitido, porque lo mismo que el hecho en virtud de pacto, no aparece libre, sino determinada la disposición de cada otorgante por la del otro. Hay pues, para el nombramiento de heredero y dèmás disposiciones, una combinación y pacto previos que, según se ha visto, están prohibidos, porque resulta que cada cual no habría hecho su disposición, si no hubiera consentido en la del otro. Además, sería muy embarazoso resolver sobre la revocación: si uno no puede revocar sin consentimiento del otro, se desnaturaliza el testamento, esencialmente revocable á voluntad del testador; y si es lo contrario, se autorizaría la violación de lo convenido.

III.

376—*Diferentes clases de testamento.*—El testamento puede ser *solemne* y *ménos solemne* ó *privilegiado;* y puede ser *cerrado* y *abierto* ó *nuncupativo*, pero siempre escrito. *Solemne* es aquel en que se guardan todas las solemnidades que el derecho requiere comunmente; y *ménos solemne* ó *privilegiado*, aquel en que se omiten algunas de esas solemnidades ordinarias, por consideración á circunstancias particulares que la ley determina expresamente.

377—*Testamento cerrado*, que también se llama *místico* ó *secreto*, es *aquel en que el Notario ó persona que lo autoriza y los testigos, no tienen, ó por lo*

ménos, no es preciso que tengan, conocimiento de las disposiciones que hace el testador; y abierto, nuncupativo ó público, *aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al Notario ó persona autorizada, y á los testigos que deben presenciarlo.* Así pues, el que declara ante ellos en la forma legal, su disposición respecto de sus bienes, hace testamento abierto; y el que declara su última voluntad, en un escrito que cierra, sella y entrega, haciendo constár en su cubierta, con las formalidades legales, que ese escrito contiene sus disposiciones finales, hace testamento cerrado (768 C).

378—El testamento abierto puede hacerse por escritura pública ó por escritura privada (767 C.), según que interviene en él Notario público, ó no. El cerrado, siempre debe hacerse con la concurrencia de Notario.

PARRAFO SEGUNDO.

DE LOS QUE PUEDEN TESTAR.

379—Como el testamento es la disposición que hace una persona de sus bienes, derechos y acciones para después de su muerte, se requiere para poder testar, la capacidad natural indispensable para poder apreciar el acto que se ejecuta. En consecuencia, la ley permite á todos, varones ó mugeres, naturales ó extranjeros que puedan hacer testamento, exceptuando solamente del ejercicio de ese derecho civil, á aquellos que tienen prohibición especial (794 C.); y esa

prohibición la establece respecto de los que no tienen el discernimiento necesario para juzgar de lo que hacen. En consecuencia, no pueden hacer testamento:

1. ° —Los menores de 14 años (1. ° 795 C). Antes de esa edad, la ley no reconoce en el individuo el juicio preciso para comprender el valor y consecuencias del testamento. Después de esa edad, se autoriza áun el matrimonio, que puede considerarse como el acto mas importante; y con mayor razón, debe otorgarse la facultad para testar. Para este acto no se requiere la intervención del tutor (360 C.), porque es personalísimo, y debe ser absolutamente libre y propio, ageno á toda influencia ó sugestión extraña. No debe llamar la atención que no se necesite para testar, la misma edad que para enagenar, cuando se dispone entre vivos; porque como el testamento no surte efecto hasta después de la muerte, no hay peligro para el patrimonio del menor. Como se ha indicado ya, en teniendo 14 años, hay capacidad de testar, sea cual fuere el sexo del que testa, y aunque se trate de una muger casada, pues tiene la misma habilidad natural, y para ese acto no necesita de la autorización de su marido (1. ° 155 C).

2. ° —Los sordo-mudos que no sepan escribir (2 ° 795 C.), porque ni de palabra ni por escrito pueden expresar su voluntad de una manera clara é inequívoca.

3. ° —Los locos ó fatuos (3. ° 795 C.), en los cuales se comprenden todos los que no tienen el ejercicio de sus facultades intelectuales; porque estando faltos de razón, no puede tener valor legal ninguno de sus actos. La capacidad ó incapacidad intelectual debe verse al tiempo de otorgarse el testamento, así

es que vale el de los dementes, si ha sido otorgado antes de su enfermedad; y no valdrá por el contrario, el otorgado en estado de demencia, aunque después recobre el uso de sus facultades el testador.

380—Si los dementes tienen lúcidos intervalos, vale el testamento que durante ellos otorguen, porque entonces tienen expedita su razón, y no están bajo la influencia del trastorno de sus facultades; mas como es necesario que haya plena seguridad de que realmente se hizo el testamento en estado de integridad intelectual, deben observarse para su validez las siguientes disposiciones, á fin de que no se abuse de su situación:

1. ª—Que el guardador del demente, ó en su defecto, la familia de aquel, presente solicitud escrita al Juez del domicilio, para que se reconozca su estado mental:

2. ª—Que en virtud de esa petición, el Juez y uno ó dos facultativos de quienes deberá asociarse, examinen al enfermo, haciéndole cuantas preguntas creyeren conducentes para cerciorarse del estado de su razón:

3. ª—Que si el resultado del reconocimiento, del cual deberá levantarse una acta formal en que se haga constar, fuere favorable, se proceda desde luego á la formación del testamento, con todas las solemnidades que se requieren para esta clase de instrumentos, y debiendo redactarse sus cláusulas precisamente por escrito:

4. ª—Que terminado el acto, firmen, además de los testigos, el Juez y los facultativos; poniéndose al pié del testamento razón expresa de que, durante todo el acto, conservó el paciente perfecta lucidez de

juicio, sin cuyo requisito y su constancia, es nulo el testamento (3.° 795 C).

381—Están comprendidos en la prohibición, todos los que al hacer el testamento no estuvieren en su sano juicio, por ebriedad ó por cualquiera otra causa. Aunque la ley declaraba incapaces á los pródigos, no los comprendía en la prohibición de testar, porque la prodigalidad no supone la falta de integridad intelectual; y porque al intervenirse en los actos del pródigo, era con el fin de que no se arruinara, á lo cual no lo exponía el testamento que no se cumplía hasta que hubiera muerto.

PARRAFO TERCERO.

SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO.

382—En el testamento se hacen constar las disposiciones mas importantes que puede tomar un individuo respecto de su familia y de sus bienes: y como en virtud de él se adquiere gratuitamente el haber de otra persona, y no surte sus efectos sino después de la muerte de ésta, es decir, cuando ya no puede combatirlo, está expuesto más que otro documento cualquiera, á falsedades y fraudes. Por este motivo, todas las legislaciones han determinado con especialidad los requisitos que en el testamento deben concurrir, ó sea, las ritualidades que en su forma se han de llenar, que son más particulares y en mayor nú-

mero que las que intervienen en los demás instrumentos.

383—De esos requisitos, hay unos que deben concurrir en todo testamento y hay otros que varían según la clase del testamento que se otorga. Se tratará 1.° de los requisitos comunes á todos los testamentos: 2.° de los del testamento abierto en escritura pública: 3.° de los del testamento abierto en escritura privada: 4.° de los del testamento cerrado: 5.° del testamento del ciego: 6.° del testamento de los que no saben leer; y 7.° del de aquellos que no pueden hablar, pero sí escribir.

I.

384—Son requisitos comunes á todo testamento, además de los ordinarios de los instrumentos públicos, los que siguen:

1.°—Que se exprese el nombre, patria, capacidad, estado y domicilio del testador; y el lugar, día y hora en que se otorga (153 Dec. de Ref. núm. 272). Con excepción de la expresión de la patria del testador, y de la hora en que se otorga el testamento, las demás circunstancias son comunes á los otros instrumentos. La determinación de la hora se requiere para saber cuál debe estimarse subsistente y cuál revocado, de dos testamentos que aparezcan otorgados en un mismo día; y la de la patria, es probablemente para poder fijar con mayor facilidad, en su caso, cuáles son las leyes á que debe atenderse para fijar la capacidad del otorgante y sus facultades al disponer de los bienes. Exigida cada una de esas circunstancias

como solemnidad precisa (771 C.), el efecto natural de la omisión de cualquiera de ellas habría de ser que no tuviera validez el testamento; pero no debiendo llevar el carácter de esencial la mención de la patria, capacidad, estado y domicilio, pareció mas conveniente, al hacer la reforma de los Códigos, sancionar la falta sólo con multa de diez á cien pesos al Escribano (153 Dec. de Ref. núm. 272), como se hace en casos análogos.

2. ° —Que el testador exprese por sí su última voluntad; no bastando que conteste sí ó nó, ni por medio de señales, á las preguntas que se le dirijan (769 C). Esto es con el objeto de que haya una constancia clara de que el testamento es realmente la expresión fiel de la voluntad del testador, y para evitar los abusos que de otra suerte podrían cometerse.

385—Debe advertirse por último, que para que haya testamento de cualquiera clase, es absolutamente indispensable que esté concluido (773 C). Si, antes de terminarlo, muere el testador, ó no quiere continuarlo, es como si nada se hubiera hecho, porque no hay la expresión íntegra de la voluntad de la persona, y porque en la generalidad de los casos, faltarán además, las solemnidades de autorización que siempre se ponen al fin.

II.

386—*Testamento abierto en escritura pública.* Sus solemnidades son:

1. ª —Que estén reunidos en un solo acto, es decir, no separados ni sucesivamente, y desde el princi-

pio hasta el fin del testamento, el testador, el Escribano y tres testigos vecinos del lugar, que tengan capacidad legal para el efecto (1. ○ 772 C).

2. ª—Que si uno de los testigos no es vecino del lugar, se aumenten dos testigos, aunque no tengan ellos tampoco la calidad de vecinos, de suerte que haya cinco testigos testamentarios, de los cuales dos, por lo ménos, tengan la calidad de vecinos (2. ○ 772 C). La ley exige la circunstancia de vecindad en los testigos, porque éstos son las mas veces conocidos, y los que al mismo tiempo deben conocer bien al testador: no puede haber pues, testamento en escritura pública en que no concurran, por lo ménos, dos testigos que tengan esa calidad.

3. ª—Que el testador exprese su voluntad (3. ○ 772 C). Esto, según se ha visto, es requisito indispensable de todo testamento, y la expresión debe hacerse en la forma explicada respecto de las solemnidades comunes (769, 3. ○ 772 C).

4. ª—Que se lea clara y distintamente el testamento por cualquiera de las personas presentes que el testador elija (4. ○ 772 C.); y durante la lectura, y al fin de cada cláusula, se averigüe, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en él, es la expresión de su última voluntad (5. ª 772 C). El objeto de éstos preceptos es dar la mayor posible garantía para que la disposición del que testa se manifieste con toda espontaneidad y para precaver cualquier fraude.

5. ª—Que el testador y los testigos firmen el testamento, y que lo autorice, en el mismo acto, el Escribano (6. ª 772 C). Si el testador no sabe ó no puede firmar, debe indicarse ésta circunstancia en el testamento, y un testigo más ha de firmar por él (154

Dec. de Ref. núm. 272). Más propio parece ésto que lo que el Código disponía (7. ᵒ 772 C.) de que uno de los testigos, el que el testador designara, firmara por él; porque así se hace en los otros instrumentos públicos que no merecen á la ley la misma consideración que el testamento (167 C. Pr.); y porque de esa suerte, hay también más concordancia con lo establecido para el testamento del ciego en que se requiere la intervención de un testigo más. De los testigos testamentarios, dos cuando menos, deben saber escribir y han de firmar el testamento (9. ᵒ 772 C.); y si alguno no sabe escribir, firmará á su ruego, uno de los otros (8. ᵒ 772 C). Cuando hay un testigo que no es vecino, y por lo tanto intervienen cinco, podrá suceder que tres no sepan firmar; y entonces, los dos que saben lo harán por los otros, pues aunque la ley dice "si alguno de los testigos no sabe escribir," no debe entenderse que se refiera precisamente á uno solo que no sepa, sino en el caso de que sean tres vecinos.

6. ᵃ—Que si se suspende la facción del testamento por cualquiera causa urgente, se advierta esta circunstancia en cláusula especial, firmada por el testador, los testigos y el Escribano; ó cuando ménos, por éstos últimos; en el concepto de que no podrá continuarse el testamento sin que estén reunidos el Escribano, el testador y los mismos testigos, si pudieren ser habidos (10. ᵒ 772 C). En esto consiste la unidad de contesto que debe contener el acto.

387—Motivo de cuestión era determinar si para el testamento se debía exigir minuta. La ley no la requería en el tratado especial de las solemnidades que en ese acto deben concurrir; pero en el inciso 1. ᵒ del art. 157 del Código de Procedimientos se decía que

era obligación de los Escribanos cartularios extender en sus registros, los testamentos, poderes, contratos y demás escrituras, con arreglo á las minutas que se les presentaran. Era imposible conciliar en algunos casos, la exigencia de la minuta con las disposiciones especiales del testamento, motivo por el cual fué indispensable suprimirla respecto de los testamentos; y siendo conveniente extender esa supresión á todos los instrumentos en general, se hizo así, quitando ya el motivo para la cuestión indicada, por el art. 39 del Dec. de Ref. núm. 273. Según éste, la obligación de los cartularios es de extender en sus registros, los testamentos, poderes, contratos y demás escrituras, conforme á las instrucciones que, de palabra ó por escrito, les comuniquen los otorgantes.

III.

388—*Testamento abierto en escritura privada.*— Sus solemnidades son (775 C.):

1.ª—Que escrita la memoria del testamento, la lea ó haga leer el testador, expresando después de leída cada cláusula, si esa es su voluntad.

2.ª—Que presencien el acto, reunidos con el testador hasta el fin, cinco testigos, de los cuales, dos por lo menos, han de ser vecinos del lugar; aumentándose otro testigo, en caso de que uno solo tenga la calidad de vecino.

3.ª—Que al fin de la memoria firme el testador, ó por él, un testigo testamentario, cuando no pueda ó no sepa escribir.

4. ª—Que de los testigos testamentarios, tres cuando menos, sepan escribir y firmen la memoria; y por los que no sepan firmar, lo hagan algunos de los que saben, ó personas distintas, á ruego de ellos.

389—Este testamento que se llama *privado*, necesita para surtir efecto que, muerto el testador, se eleve á escritura pública, para lo cual debe procederse con arreglo á lo que para ello dispone el Código de Procedimientos Civiles (776 C. y párrafo 5.º Tít. 11, lib. 2.º C. pr).

IV.

390—*Testamento cerrado.*—Son sus solemnidades:

1. ª—Que el testador exprese delante del Escribano y siete testigos, que en el pliego cerrado que entrega, se contiene su testamento y última voluntad.

2. ª—Que todos los testigos vean y oigan al testador cuando entregue la plica; y que dos de ellos por lo menos, sean vecinos del lugar.

3. ª—Que en el sobre de ella, firme el testador; ó por él, un testigo, que puede ser de los mismos testamentarios.

4. ª—Que suscriban á continuación, siete testigos; y si alguno no sabe hacerlo, que otro lo haga por él; pero en el concepto de que indispensablemente ha de haber, por lo menos, cinco firmas de personas distintas, sin contar la del Escribano que autoriza; ó lo que es lo mismo, que de las ocho personas que intervienen, además del Escribano, siquiera cinco han de saber firmar (778 C).

5. ª—Que el Escribano dé fe del acto, y autorice

las firmas del testador y de los testigos.

391—El testamento cerrado, hecho con las solemnidades que acaban de expresarse, debe ser devuelto al que lo otorgó, para que él lo custodie ó haga guardar por quien tenga á bien; razón por la cual se exige mayor número de requisitos que en el testamento abierto (780 C.); y muerto el testador, es preciso para que surta efecto, que se abra, publique y protocolize en la forma prescrita en el Código de procedimientos (781 C. y párrafo 9. ○ tít. 11, lib. 2. ○ C. pr).

392—Por regla general, todos los que tienen capacidad para testar, pueden hacerlo, á su arbitrio, en testamento abierto ó cerrado. Se exceptúan sin embargo, los ciegos y los que no saben leer, que no pueden hacer testamento cerrado; y los que no pueden hablar, pero sí escribir, que no pueden hacer testamento abierto (779 y 782 C).

V.

393—*Testamento del ciego.*—El ciego no puede hacer testamento cerrado, según acaba de indicarse, porque no puede estar personalmente cierto de que el papel que entrega al Escribano y testigos, contiene en realidad su testamento, siendo tan fácil una suplantación por no poder él saber lo que esté escrito en ese papel. Mas sí podrá hacer testamento abierto, sea en escritura pública ó privada; pero interviniendo un testigo más (774 C.) para neutralizar con esa mayor garantía, la mayor posibilidad de fraude. Ese testigo más, parece que deberá ser vecino.

VI.

394—*Testamento del que no sabe leer.*—El que no sabe leer es, para el caso, lo mismo que el ciego; no puede cerciorarse por sí, de que lo escrito contenga realmente la expresión de su última voluntad, y por eso no puede hacer testamento cerrado, sino solo abierto; pero éste, á diferencia del del ciego, no necesita ninguna solemnidad más que los testamentos comunes, en lo cual no se guarda consecuencia con la asimilación que hace la ley de ámbos casos.

VII.

395—*Testamento del que no puede hablar, pero sí escribir.*—Este no puede hacer testamento abierto, pero sí cerrado, escrito, fechado y firmado de su propia mano (782 C.), puesto que no puede dictarlo; y al presentarlo al Escribano y testigos, escribirá en el sobre de la plica y delante de todos, ya que no puede expresarlo de palabra, que allí se encierra su testamento. De ésto dará fe el Escribano, observándose por lo demás, todo lo dispuesto en cuanto al testamento cerrado (783 C). Así pues, en este caso, se exige algo más que en los casos comunes, porque el testamento debe estar escrito precisamente por el testador, porque el Escribano debe dar fe de haber firmado el testador que allí se contiene su testamento; y

porque el documento, además de estar escrito y firmado por el testador, debe estar fechado. No se ve sin embargo, cuál sea la razón para la exigencia de la fecha en el documento, cuando generalmente no se necesita para el testamento cerrado.

PARRAFO CUARTO.

DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS.

396—La importancia del testamento y la necesidad de evitar, en cuanto sea posible, las falsedades á que pudiera estar sujeto, hacen que siempre hayan señalado las leyes, de una manera especial, cuáles son las personas que no pueden ser testigos en ese acto. En otra parte se ve cuáles son las circunstancias que deben tener los testigos testamentarios: aquí se va á hablar de las que hacen incapaces á algunos.

397—La regla general es que todos pueden serlo, si la ley no se lo prohibe (792 C.); y así, para la aplicación de ella es indispensable examinar cuáles son las prohibiciones. Como éstas tienen por objeto evitar todo fraude, se fundan, ó en falta de capacidad bastante para dar razón del acto: ó en falta de imparcialidad, porque se tenga algún interés en las disposiciones del testamento; ó finalmente, en falta de probidad, por mediar circunstancias que, en el concepto público, hacen indigno de crédito al testigo.

I.

398—*Por falta de capacidad*, ó sea del juicio y formalidad necesarios, no pueden ser testigos:

1.° —Los menores de 16 años (156 Dec. de Ref. núm. 272). En materia de edad para atestiguar, no eran concordantes las disposiciones de los diversos Códigos. El art. 186 del Cód. de proced. civ. exige para los testigos de los instrumentos públicos que sean mayores de toda excepción, lo que, según se manifestó en otra parte, se ha entendido, en cuanto á la edad, que tengan la requerida para declarar en asuntos civiles. Para ésto se necesitan, según el art. 783, diez y seis años cumplidos, la misma edad que para declarar en causas criminales requiere el art. 202 de la 2.ª parte del Código Militar. No parece enteramente propio que el mayor de 14 años, en quien se reconoce capacidad para testar, no la tenga para ser testigo en el testamento de otro; pero de reducirse á 14 años la edad para ese acto, habría que hacer lo mismo respecto de los otros instrumentos y de las declaraciones judiciales en lo civil y criminal. Así es que se prefirió en la reforma establecer la edad de 16 años para los testigos testamentarios, en vez de la de 18 que señalaba el Código Civil. Innecesario parece advertir que la edad debe tenerla el testigo en la fecha del testamento. Por derecho romano y español, tampoco podían ser testigos de los testamentos las mugeres: hoy no subsiste tal prohibición, por haber faltado también la razón que en Roma dió orígen á

ella, y era la de no poder la muger tomar parte en los comicios en los que se hacía el testamento.

2. ○—Los que no estén en su sano juicio (4. ○ 156 Dec. de Ref. núm. 272) es decir, todos los que adolezcan de una enfermedad habitual que les impida el ejercicio de la razón (2. ○ 785 C. pr.), ó se hallen en el acto del testamento en estado de no poder dar cuenta de lo que pasa, como si se encuentran completamente ébrios. Los dementes podrían serlo, acreditando que fuera en sus cuerdos intervalos.

3. ○—Los ciegos y los que no entienden el idioma del testador (156 Dec. de Ref. núm. 272). El ciego tiene impedimento físico general para atestiguar respecto de hechos ocurridos después de su ceguera (1 ○ 785 y 786 C. pr). Los testigos deben ver y oír al testador, averiguando si lo contenido en cada cláusula del testamento es la expresión de la última voluntad; y el ciego no puede verlo: no puede responder de su identidad, ni saber si testa uno tomando el nombre y voz de otro, ni puede estar seguro de si pone su firma, de que el instrumento en que la pone es el que quiere firmar, ó en el que otro firma por él. El testimonio del que no entiende la lengua del testador, no puede tampoco conducir á nada: es como si absolutamente no lo hubiera oído.

4. ○—Los totalmente sordos ó mudos (156 Dec. cit.); porque los unos no pueden oír y entender al testador, ni los otros pueden declarar, en su caso. Debe advertirse sin embargo, que éstos defectos, áun juntos, no son impedimentos para testar cuando el que los tiene sabe escribir (2. ○ 795 C.); y el sordo-mudo es testigo idóneo respecto de otros actos, sobre lo que ha visto, si sabe leer y escribir. Esa diferencia se ex-

plica porque al atestiguar en el testamento, no se puede tener certeza de que entendió lo que el testador queria expresar.

II.

399—*Por razón de interés ó falta de imparcialidad*, no pueden ser testigos:

1. ○—Los mismos herederos ó sus cónyuges, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad (156 Dec. cit). El provecho que va á producir el testamento al heredero, hace, con razón, que su testimonio y el de sus parientes inmediatos, sea sospechoso é inadmisible. Puesto que la ley se fija en la afinidad, con mayor razón no podrá ser testigo el cónyuge del heredero, cuya relación es el fundamento del parentesco de sus consanguíneos con los de su cónyuge. Mas no siendo herederos, cualquiera de los parientes del testador puede servir como testigo de su última disposición.

2. ○—El albacea y el legatario en los testamentos en que son instituidos. Aquí, la prohibición del Código estaba limitada al albacea ó legatario; así es que no podía hacerse extensiva á los parientes; pero siendo más consecuente equiparar en éste punto á los herederos con los albaceas y legatarios, cualquiera que fuese el importe, carácter y forma del legado, como lo hace el Código de Napoleón, se extendió por el Dec. de Ref. la incapacidad al cónyuge y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad, del albacea ó legatario (156 Dec. cit).

3. ○—Los acreedores, cuando en el testamento se

les reconozca el crédito, y no tengan para justificarlo otra prueba que sea bastante, y distinta de la declaración testamentaria; pues tienen inmediato y grande interés en sostener el testamento.

III.

400—Por último, *por falta de probidad* no pueden ser testigos los que hayan sido condenados por el delito de falsedad (156 Dec. cit.),en cualquiera de sus especies, ya que la ley no determina ninguna particularmente. En este caso, es indispensable que haya habido condenación, mientras que para no poder declarar en juicio basta el auto de prisión (4. ° 789 C. pr).

PARRAFO QUINTO.

DE LAS FORMAS PARTICULARES DE ALGUNOS TESTAMENTOS.

401—La ley, según se ha visto, rodea de un gran número de solemnidades los testamentos otorgados en circunstancias ordinarias, y ésto con el objeto de evitar en acto tan importante y trascendental, todo fraude ó falsedad. Mas hay también circunstancias excepcionales, ó aflictivas en que puede encontrarse el testador, que deben merecer la consideración de la

ley, y en las cuales no es dable llenar todos los requisitos que se exigen en los casos comunes. Entonces, para que no quede privada la persona de hacer testamento, la ley disminuye las solemnidades exigiendo simplemente aquellas que son más indispensables para hacer constar del mejor modo, la voluntad del testador. Los testamentos en que esto sucede, se llaman por esa razón, *testamentos privilegiados*, porque se apartan en sus formalidades exteriores de lo que ordinariamente se requiere para esos actos; y son: 1.° el de los militares: 2.° el de los navegantes: 3.° el de los que se hallan en un lugar incomunicado por motivo de epidemia; y 4.° el de los presos.

I.

402—Los militares y demás individuos pertenecientes al ejército, que se hallen en campaña, en plaza sitiada, ó prisioneros en poder del enemigo, pueden otorgar testamento cerrado ó abierto, ante un Jefe, ó ante un oficial de la clase de Capitán, y en presencia de dos testigos, en cualquier clase de papel (784 C. y 572 C. Mil. 2.ª parte). No basta pues, tener la calidad de militar para quedar dispensado, en circunstancias normales, de llenar las solemnidades comunes del testamento: es necesario hallarse en alguna de las circunstancias anormales que son las que justifican la excepción que se hace, y que está concedida, no en atención á la clase, sino á ellas que no permiten proceder de otro modo. Los testigos no deben tener nin-

guna de las prohibiciones señaladas para el testamento ordinario (575 C. Mil).

403—En el testamento abierto del militar debe expresarse:

1. ○—El nombre y apellido del testador, su empleo, su patria, el lugar de su domicilio, su edad, la circunstancia de hallarse en el completo uso de su razón, su estado civil; y en su caso, el nombre de su cónyuge, y los nombres de los hijos habidos durante el màtrimonio, de los legitimados y de los ilegítimos que reconozca, con distinción de los que estén vivos y de los que hubieren muerto:

2. ○—Su voluntad de testar:

3. ○—El nombre, apellido y empleo del oficial ante quien se otorgue el testamento:

4. ○—El nombre y apellido de cada uno de los testigos y su empleo militar, si lo tuvieren, y el lugar de su domicilio:

5. ○—El lugár, día, mes y año del otorgamiento.

El testamento debe terminarse por las firmas del testador, de los testigos y del Jefe ú oficial ante quien se otorgue; y si alguno de los que intervienen en èl testamento no supiere firmar, se hará constar así en él. El acto del otorgamiento ha de ser contínuo ó solo interrumpido por algún accidente momentáneo é inevitable; y el oficial y los testigos deben ser unos mismos desde el principio hasta el fin (573 C. Mil).

404—Si el testamento militar es cerrado, solo podrá otorgarlo el que sepa leer y escribir, observando las formalidades que siguen:

1. ○—El testamento ha de estar escrito, ó á lo ménos, firmado por el testador.

2. ○—Este expresará delante del Jefe ú oficial y

de los dos testigos, que el pliego cerrado que entrega, contiene su última voluntad.

3. ° —En la cubierta del testamento ha de poner la palabra "testamento," escrita por el testador; se expresará que éste se halla en su sano juicio, su nombre, apellido y empleo: el nombre y apellido de cada uno de los testigos, su empleo militar, si lo tuvieren, y el lugar de su domicilio; el nombre, apellido y empleo del oficial que intervenga; el lugar, día, mes y año en que ésto se verifica; y por último, deben firmar el testador, los testigos y el Jefe ú oficial.

4. ° —La cubierta debe estar cerrada, de manera que, sin romperla, no pueda extraerse el testamento (574 C. Mil). Como se habrá observado, no se exige la expresión de la hora por parecer minucioso, y porque las circunstancias apremiantes en que se hace no dejan suponer que se puedan otorgar varios testamentos de esa clase, en un mismo día.

405—Es obligación del Jefe ú oficial ante quien se hubiere otorgado testamento militar, asegurar la cédula en que conste dicha disposición y remitirla al Juez del domicilio del testador, en caso de que éste hubiere fallecido (578 C. Mil. y 1679 C. pr). Para la protocolización, se observará respectivamente lo dispuesto en general para elevar á escritura pública el testamento privado (579 C. Mil. y 1680 C. pr).

II.

406—Los navegantes pueden testar ante el Capitán, ó ante quien tuviere el mando del buque, y en presen-

cia de dos testigos (785 C). Este artículo no hace ninguna distinción de si el buque es nacional ó extranjero, mercante ó de guerra, ni expresa lo que haya de hacerse con el testamento. En el Código de procedimientos (art. 1681) se dice que el Cónsul, Vice-Cónsul ó autoridad guatemalteca á quien se presente un testamento marítimo otorgado conforme al Código Civil, cuidará, sujetándose á las solemnidades externas del lugar de la residencia, de ratificar en sus declaraciones, al Comandante y testigos ante quienes se haya otorgado. Esto hace entender que el Código Civil se refiere á buques de marina nacional, y que aunque no lo expresó, cuando el buque arribare á un puerto en que haya Cónsul, Vice-Cónsul ó autoridad de Guatemala, deberá el Comandante depositar en él el testamento.

407—Los Cónsules ó las autoridades marítimas, luego que reciban la cédula, deben levantar una acta de entrega, y remitirla, con la misma cédula y las ratificaciones, á la mayor posible brevedad, al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual hará publicar por los periódicos, la noticia de la muerte del testador para que usen de su derecho los interesados (1682 C. pr.); los cuales pueden en tal virtud, ocurrir solicitando la remisión del testamento, para que se protocolice, al Juez competente, remisión que se hará siempre oficialmente, y nunca por conducto de los interesados, (1684 C. pr.) para evitar cualquier extravío.

408—Si el testamento se refiere á un extranjero, ya pueda hacerse ó no la ratificación de las personas ante quienes se hubiere otorgado, se entregará al representante diplomático ó consular del país á que el testador pertenecía (1687 C. pr).

409—Es de advertir que en el testamento hecho en el mar, es decir, no sólo en el que propiamente se llama marítimo, sino en cualquiera que se otorgue á bordo en cualquiera forma, es nula toda disposición á favor de cualquiera persona que ejerza autoridad á bordo; por temor de la influencia ó presión que sobre el testador pudiera ejercitarse, sobre todo si se atiende á que ordinariamente no hace testamento en el mar sino el que durante el viaje considera en peligro su vida, por grave enfermedad ú otro accidente. Hay, sin embargo, la excepción de los que son parientes del testador dentro del cuarto grado, porque el parentesco explica entonces la institución de heredero (788 C).

III.

410—Los que se hallen en un lugar incomunicado por motivo de epidemia, estén ó no atacados de ella, pueden testar ante el Juez local, es decir, ante el Juez de 1.ª Instancia ó Juez de paz ó Alcalde en su caso, y en presencia de dos testigos; (786 C.) y valdrá la disposición, aunque por necesidad se haya otorgado en papel común. Las aflictivas circunstancias en que debe suponerse un lugar invadido por la peste é incomunicado á causa de ella, hacen indispensable esta autorización.

IV.

411—Los que se hallan presos pueden, también en

caso de necesidad, otorgar su testamento ante el Jefe de la prisión; pudiendo ser testigos, á falta de otros, los detenidos ó presos, con tal que no sean inhábiles por otras causas (790 C.); es decir, ó porque no tengan la edad ó no estén en su sano juicio, ó hayan sido condenados por falsedad, ó tengan alguna otra de las incapacidades de que se tratará después para ser testigo en un testamento. Como puede observarse fácilmente, no basta estar preso para poder testar en esa forma: se requiere además, el caso de necesidad, es decir, que sea en circunstancias en que no se pueden llenar las solemnidades del testamento ordinario, caso en que ni áun se necesitará del papel sellado correspondiente. En el testamento así otorgado, por la misma razón expuesta respecto del testamento marítimo, es nula cualquier disposición á favor de los que tienen autoridad en la prisión, á menos que sean parientes del testador dentro del cuarto grado.

412—Debe notarse que en cualquiera de éstas cuatro clases de testamentos privilegiados, deben firmarse éstos, por el testador, por la persona ante quien se otorgan, y por los testigos. Si el testador ó algún testigo, no supiere ó no pudiere escribir, firmará otro por él, pero de modo que nunca haya en el testamento menos de tres firmas de diferentes personas; y debiendo firmar siempre el que interviene en concepto de autoridad (791 C. 576 C. Mil).

413—Debe notarse también que, tanto el testamento militar, como el marítimo y el que se otorga en un lugar incomunicado por epidemia, solo serán válidos, si el testador muere, durante la situación que dá causa á esa forma privilegiada, ó dentro de los treinta días posteriores á la cesación de ella (787 C. y 577 C.

Mil). Como la falta de las solemnidades comunes, solo se justifica por circunstancias tales en que la necesidad así lo exige, y como cuando todas aquellas no concurren, hay mas razón para temer que haya habido fraude ó abuso, la ley pone esa justa limitación.

414—La ley solo hablaba de esos tres casos; pero no había razón para que no hubiera de hacerse extensiva al testamento del preso, y hoy así se encuentra establecido terminantemente respecto de él también por el art. 155 del Dec. de Ref. núm. 272.

V.

415—Por último, los guatemaltecos que están en país extranjero, casi nunca podrán observar en su testamento las formalidades que debe tener el que se otorga en su patria. Por este motivo, y porque entonces no debe consultarse solo el Derecho Civil privado sino los principios admitidos en el Derecho internacional, se halla establecido que valdrá el testamento que el guatemalteco otorgue en país extranjero, cuando se otorgue ante el agente diplomático, ó en falta de éste, ante el agente consular de Guatemala, observándose en cuanto al número de testigos y demás solemnidades, las disposiciones de las leyes guatemaltecas (fr. 1.ª 789 C.); y por lo demás, guardándose éstas, en cuanto á la capacidad y á todo lo que se refiere á la esencia de las disposiciones testamentarias (14 C).

416—Valdrá igualmente, si se otorga en la forma que establezcan y ante quien determinen las leyes del

país en que se halle el testador, siguiendo el principio de que el lugar rige las formalidades del acto (13, 789 C). Es opinión común que el testamento ológrafo, es decir, enteramente privado y sin solemnidades que admite el Código francés, no tendría valor aquí, hecho en Francia por un guatemalteco, porque el principic del Derecho internacional se refiere á actos ejecutados en forma más ó menos solemne, pero siempre solemne, y nó á aquellos en que falta toda formalidad. Esta opinión encuentra apoyo en los términos de la disposición legal que nos rige, según la cual se requiere que el testamento otorgado en el extranjero se otorgue en la forma que establezcan y ante quien determinen las leyes del país en que se hace; es decir, que se halle en la forma legal ordinaria, y no en una forma excepcional sin solemnidades: que intervenga en él alguno como oficial público y autorizado; y nó que sea un acto completamente desnudo de esa intervención.

417—Hay que tener presente que siempre que los agentes diplomáticos ó consulares de Guatemala en el extranjero, autoricen un testamento, deben cuidar inmediatamente de legalizar las firmas de los testigos; y verificado, remitir el testamento legalizado, con la partida de defunción, al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República, de donde, después de publicarse por los periódicos la muerte del testador, para que los interesados usen de su derecho, se enviará para su protocolización, al Juez del domicilio del testador. Este funcionario dará aviso á los que tengan interés en la disposición testamentaria, para lo que les convenga (1688 y 1689 C. pr).

418—Si el testamento fuere cerrado, deben cuidar

los funcionarios referidos, de ratificar, inmediatamente después del otorgamiento, las firmas de los testigos y legalizarlas en la forma debida, levantando al efecto una acta detallada de esas diligencias (1690 C. pr). Si no se han ratificado y legalizado las firmas, se llenarán ámbos requisitos por medio del Ministro de Relaciones Exteriores, á no ser que los testigos y el funcionario ante quien se otorgó estén presentes, caso en el cual se les ha de citar para el reconocimiento de las firmas como se haría en el testamento común (1691 C. pr).

PARRAFO SEXTO.

DE LA REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS.

419—Un testamento puede dejar de tener efecto, áun siendo perfectamente válido y subsistente en sí, porque lo derogue ó retracte la persona que lo otorgó, lo cual constituye la *revocación*. Puede también quedar sin efecto, áun cuando no lo haya revocado el testador, porque medie una circunstancia en virtud de la cual no pueda subsistir legalmente, y en esto consiste la *caducidad*. De los casos de ésta se trata al hablar de institución de heredero.

420—Debiendo ser el testamento una disposición enteramente libre, y no producir ningún efecto sino hasta que muere la persona que lo otorgó, ésta tiene por su parte, completa libertad para revocarlo en cualquier tiempo (931 C). La revocación puede ser *total* y *parcial:* total, cuando comprende todas las disposi-

ciones del testamento anterior, de suerte que nada de él queda subsistente: parcial, cuando solo se refiere á alguna ó algunas de sus disposiciones, dejando subsistentes otras. Puede ser también *expresa* y *tácita:* expresa cuando hay declaración terminante revocándolo; y tácita, cuando la voluntad de dejarlo sin vigor se manifiesta por un hecho al que la ley atribuye ese efecto, como el otorgamiento de uno posterior sin derogación expresa del anterior, ó por romperse.

421—Los testamentos se revocan:

1. ° —Por el otorgamiento de otró posterior (932 C.); y esto sin necesidad de que el último contenga cláusula derogatoria expresa, y áun cuando, por cualquier causa, no entre en la herencia el heredero instituido en el testamento posterior, pues siempre consta la intención de que no subsista el primero; y si algo de él hubiera querido dejarse en pié, ó que valiera en algún caso, se habría expresado. Así es que la revocación por otorgarse un testamento posterior, es total, y para que pueda subsistir alguna disposición del anterior, es indispensable que se declare así expresamente en el último (937 C).

422—Como se verá en otra parte, la ley respeta tanto la libertad de revocar, que no admite que se ordene en un testamento que se tenga por nulo el que se otorgue después, y ni permite exigir en él para la validez de un testamento posterior, que deba contener ciertas cláusulas ó condiciones que la ley no requiere (3. ° 805 C.); teniendo por no puesta la cláusula que deroga un testamento posterior (806 C).

423—Para que el testamento posterior derogue el anterior, es indispensable naturalmente que aquel sea válido, pues siendo nulo, no produce ningunos efec-

tos, y reputándose no hecho, es como si no existiera, de modo que no se afecta en nada la subsistencia del anterior (936 C). Con tal que el testamento posterior sea perfecto, poco importa que sea ó no de la misma clase que el anterior; así es que podrá ser cerrado, ó abierto en escritura pública ó privada, ó privilegiado en su caso, aunque el anterior sea de otra especie. Si el posterior es privilegiado y queda sin efecto por no ocurrir la muerte del testador durante la situación que da origen al privilegio, ó dentro de los 30 días inmediatos á su cesación, no por eso dejará de tenerse como revocado el anterior, porque aquel en su principio fué válido, y el hecho subsiguiente no puede, por sí solo, dar al primero la eficacia que no tenía. La sola revocación del testamento posterior no dá tampoco vida al anterior; pero si en ella declara el testador con las solemnidades testamentarias, que quiere que valga su primer testamento, parece que lo legal es que así se haga.

424—Aun siendo válido el testamento posterior, hay un caso de excepción al principio de que revoca el anterior, y es cuando se ha otorgado por suponerse muerto el heredero instituido en el anterior, dando expresamente por causa esa suposición, pues entonces valdrá el primero, y se reputará el segundo como no otorgado, si se descubre ser falsa la muerte del heredero (933 C.), que manifiesta y expresamente consta que era la causa que había inducido al testador á cambiar de voluntad. Y puesto que el segundo se tiene como no otorgado en el supuesto referido, no tendrá valor ninguna de sus disposiciones, como las relativas á legados ú otro objeto cualquiera.

425—2.° Se revoca el testamento, aunque el testa-

dor no otorgue otro en que disponga de sus bienes, por la declaración expresa que haga, con las mismas solemnidades externas del testamento, de que es su voluntad dejarlo sin efecto (939 C). Esta revocación será total ó parcial, según lo que exprese en la declaración; y por el efecto que va á producir de invalidar un testamento, se exige que conste con las mismas formalidades que para el testamento se requieren.

426—3.° Se revoca por último, el testamento cuando, siendo cerrado, rompe el testador la plica ó cubierta que contiene su última disposición; ó siendo abierto, en escritura privada, rompe ésta (938 C). El testamento cerrado y el abierto en escritura privada, dependen completamente de la escritura rota ó inutilizada; así es que bastó romperla para que quedara sin efecto, lo cual no sucede con el abierto en escritura pública, cuyo original se conserva en el protocolo del Notario, no siendo sino una copia ó testimonio lo que tiene el testador. Esta revocación es total.

TITULO NOVENO.

DE LO QUE SE PERMITE Y DE LO QUE SE PROHIBE A LOS TESTADORES.

427—El Código Civil, siguiendo lo establecido en las leyes españolas, reconocía *herederos forzosos*, que debían percibir necesariamente cierta porción de la herencia, á la cual se daba el nombre de *legítima*. A-

sí es que según él, los que tenían hijos ó descendientes legítimos ó hijos ilegítimos reconocidos, solo podían disponer libremente hasta del quinto de sus bienes: los que tenían ascendientes legítimos ó ilegítimos reconocidos, del tercio (799 y 800 C.); y solo los que no tenían herederos forzosos, descendientes ó ascendientes, tenían libertad para instituir por herederos á quien les pareciera, con tal que no tuviese prohibición de heredar (804 C). Va á tratarse 1. ° de la libertad de testar: 2. ° de la tasa que tienen los alimentos que el testador está obligado á dar; y 3. ° de las disposiciones especiales respecto de lo que en particular no se permite á los testadores.

I.

428—En decreto de 21 de Julio de 1879, se estableció la libertad de testar en la familia, ó sea entre los herederos forzosos, de tal suerte que el padre que antes, lo mas que podía hacer, era dar á alguno ó á algunos de sus descendientes, fuera de la legítima y del quinto de que podía disponer, el tercio de sus bienes, lo cual constituía la mejora, pudo ya, sin necesidad de desheredar á los demás, ni de sujetarse á la restricción del tercio, dejar toda su herencia sólo á alguno ó á algunos de los descendientes, privando de ella á los demás, que no quedaban con otro derecho que el de exigir lo que necesitaran para alimentos, sobre determinadas bases que se fijaron. En el mismo concepto se reconoció la libertad para testar entre los ascendientes.

429—El Decreto Legislativo de 13 de Abril de 1881,

reproducido en el Dec. de Ref. del Código Civil, sancionando el principio de libertad y reconociendo en toda su extensión el ejercicio del derecho de propiedad, reformó esas disposiciones en el sentido que demandan la conveniencia pública y bienestar social, y en consecuencia, declaró que la testamentifacción, ó sea el derecho de disponer de los bienes por testamento, es libre. Así pues, toda persona capaz puede hoy instituir como heredero de sus bienes, á cualquiera que no tenga incapacidad ó prohibición legal de heredar (158 Dec. cit).

430—Los descendientes y los ascendientes no tienen en efecto, otro derecho, con el carácter de exigible forzosamente, respecto de sus ascendientes y descendientes, que el de que se les den alimentos cuando necesitan de ellos. La herencia forzosa desnaturaliza las relaciones de la familia, quita los estímulos del trabajo y hace sustituir al cariño, consideraciones nada más que de interés pecuniario. En la iniciativa dirigida por el Gobierno á la Asamblea sobre el particular, se consignan esos motivos en la forma que sigue:

"Hoy propone el Gobierno que se adopte de un modo franco y absoluto el principio de libertad, principio siempre fecundo y siempre salvador en todas sus aplicaciones y en todas sus formas de manifestación. Esta es la iniciativa que por mi medio dirige á la Asamblea Nacional, y acerca de ella me permitiré indicar rápidamente algunas consideraciones capitales, fijándome de preferencia en la legítima de los hijos, por ser ella la que se presenta como mas natural y recomendable.

"Sea la primera que la razón no descubre en ninguna parte el fundamento del derecho de los hijos de

ser forzosamente, es decir, áun contra la voluntad del padre, herederos de los bienes de éste. Grandes son los deberes que crea la paternidad, por más que nunca igualen en intensidad y en extensión á las afecciones que también crea; pero entre esos deberes no figura el de que se anule para el padre el derecho de propiedad, en beneficio de los hijos. El padre tiene que alimentar á sus hijos y que educar su inteligencia y su corazón, pero no tiene obligación de hacerlos ricos, no tiene el deber de sacrificar en su provecho el ejercicio de la facultad de disponer libremente de lo que sea fruto de su trabajo. Enhorabuena que la ley, cuando falta la declaración de la voluntad del padre, interprete esa voluntad en el sentido que es más natural, y más conforme por lo mismo, á lo que sucede casi siempre, esto es, que si el padre hubiera testado, habría dispuesto de sus bienes en favor de sus hijos igualmente. Mas cuando la voluntad es manifiesta, clara y terminantemente, la ley no debe hacer otra cosa que respetarla con tal que se respete el derecho de los hijos de percibir los alimentos que necesitan y que legalmente estén en el caso de reclamar.

"Fecundo y salvador he dicho que es siempre el principio de la libertad: en materia de herencias se puede presentar de esa verdad la mas convincente demostración. El hijo de padres ricos se considera rico desde que nace, porque sabe que forzosamente él es el dueño de esos bienes, y esa idea es el germen funesto de la repugnancia al trabajo y de cierta superioridad que se imagina respecto de los que tienen que cumplir con la sabia ley de la naturaleza de trabajar para vivir. Así, á la muerte del padre, cuando pasan sus bienes á manos de los hijos, éstos no son

generalmente mas que holgazanes opulentos, que habiendo desdeñado la ocupación y el trabajo, é ignorando lo que cuesta el caudal de que repentinamente se hallan en posesión, lo consumen y despilfarran improductivamente en la disipación y el vicio, en grave perjuicio de sí mismos y de la riqueza pública y moralidad de la sociedad. Con el principio contrario, todo cambia de aspecto: el hijo sabe que no tiene que exigir de sus padres más que una decente subsistencia y apropiada educación, mientras él no pueda estar en capacidad de procurárselas por sí: sabe que no es dueño de la fortuna de sus padres, sino en el caso de que éstos quieran hacerlo tal, y tiene entonces un poderoso estímulo para el trabajo, porque no tiene la certeza de ser rico. Cuando mueran los padres, y pasen por disposición de ellos, como sucederá casi siempre, sus bienes á los hijos, el caudal prosperará, porque se distribuye en manos acostumbradas á trabajar, y porque los poseedores han aprendido, antes que á adquirir á favor de una circunstancia casual, á adquirir con el sudor de su frente.

"La herencia forzosa está muy lejos de estrechar el nudo de los lazos de la familia, base y fundamento de la sociedad. El hijo ve á sus padres con indiferencia; alguna vez quizá como un estorbo para adueñarse de una fortuna que debe pasar á su poder en cuanto la muerte cierre los ojos de los autores de sus días. Y cuando ellos mueran, cuando tenga entre sus manos la riqueza codiciada, ni siquiera estará obligado á un recuerdo de gratitud: sus padres tenían que hacerlo forzosamente su heredero: nada debe á su cariño: todo lo debe á la fría disposición de un artículo del Código.

"Establecida la libertad, la escena se trasforma. El hijo sabe que no tiene que esperar más que de la voluntad y cariño de sus padres: se acostumbra á no considerarse jamás como acreedor de ellos, á no tenerlos jamás como un estorbo para la realización de sus sueños de riqueza; y se esforzará porque esté siempre encendido el fuego del amor de la familia, y por corresponder dignamente al cariño y sacrificios de los que le dieron la existencia. Se deja al padre la dulce satisfacción de hacer herederos á sus hijos porque él así lo quiere, nó porque la ley, haciéndose superior á su corazón y á sus sentimientos, así se lo imponga; y se abre lugar en el corazón de los hijos á la solicitud y á la consideración por sus padres, y á la gratitud y cariñoso recuerdo de la memoria de aquellos á cuya libre voluntad debe, exclusivamente, los bienes que disfruta.

"Ahí están la Inglaterra, los Estados Unidos de América y algunas provincias de España que se rigen por fuero especial: la ley ha consagrado la libertad de testar, y la familia es un modelo de orden, de intimidad y de cariño. Ahí está la República de Honduras, vecina y hermana de la nuestra, en donde el Código Civil recientemente decretado, establece como una hermosa conquista, el principio de que la testamentifacción es libre. ¿Qué nos falta á nosotros para hacer otro tanto?

"Pero se dirá sin duda, que los padres pueden abusar alguna vez. El abuso es inevitable en cualquier sistema que se adopte, y además no se concibe abuso en el particular: el derecho de propiedad entraña la facultad de disponer libremente de lo que nos pertenece, y no abusa de ella el que así dispone: no se con-

cibe el abuso cuando la ley, velando por la suerte de los hijos, pone á la libertad la indispensable limitación de que no se los prive de los alimentos que legalmente les competen. Alguna vez, sin duda, podrá suceder que el padre se extravíe: que no proceda con acierto y secundando la voz de la naturaleza sino secundando la voz de alguna pasión; alguna vez podrá suceder que, prescindiendo de sus hijos, deje sus bienes talvez á una muger indigna que se haya apoderado de su voluntad; pero éstos casos que son inevitables, son tan raros como lo son todas las monstruosidades en el orden de la naturaleza. La deformidad física de algunos individuos no constituye el tipo de la naturaleza física: la deformidad moral no puede ser tampoco el tipo: es una triste excepción que se compadece y se deplora; pero sobre la cual se pasa, porque de tomarla por modelo, habría que convertirlo todo en monstruoso y deforme.

"Rarísimos serán por otra parte, según se ha indicado ya, esos casos de perversión de las afecciones y sentimientos del corazón del padre, mucho más raros todavía que los casos de monstruosidad ó separación de las leyes naturales en el orden físico. Todos los que tenemos hijos, sabemos lo que son y lo que significan esos seres que, con poca verdad, decimos que son pedazos de nuestro corazón, porque son todo nuestro corazón y toda nuestra existencia: no hay pues, que temer de la libertad de los padres: los hijos seguirán siendo los herederos de los padres, pero nó herederos por la fuerza, sino por la voluntad de éstos; nó por la ley, sino por la espontaneidad y el amor. Las afecciones del corazón, como dijo en una ocasión solemne el Presidente de una Academia de Le-

gislación y Jurisprudencia, son el único y necesario estímulo de la libertad en los que la disfrutan sin trabas ni limitaciones. Abandonad á sí misma la voluntad del padre, y la vereis dirigirse espontáneamente hácia sus hijos, como gravita convertida en lluvia ó en rocío, y se derrama hácia la tierra el agua que, para fecundarla, va formando la naturaleza en el espacio."

431—Con razón pues, esa libertad de testar, verdadera y completa, solo tiene por límite el derecho que la ley da á algunas personas á ser alimentadas, y entre ellas, al cónyuge sobreviviente, quien no podrá ser privado de la porción conyugal necesaria para su subsistencia (159 Dec. de Ref. núm. 272).

432—Debe advertirse que cuando un hijo póstumo ó ausente, cuyo paradero se ignora, ha de quedar excluido de la herencia, en virtud de la libertad de testar, es indispensable que el padre de familia, al hacer uso de ella, manifieste expresamente que lo excluye del todo ó parte de la herencia (160 id). Esto se exige para que no sea perjudicial al póstumo ó ausente una disposición motivada por la ignorancia de que sobrevendría ese hijo, ó por la creencia equivocada de que hubiera muerto el ausente. Por tanto, el póstumo y el ausente que no han sido excluidos de una manera expresa, sino simplemente preteridos ú omitidos, anulan la institución de cualquier otro heredero, porque se supone fundadamente que si el padre hubiera sabido de su existencia, á ellos hubiera nombrado por sus herederos. Y si el instituido ó instituidos por tales, con preterición del ausente ó póstumo, fueren también hijos legítimos, los preteridos entrarán, juntamente con los instituidos, al goze de la herencia, en

la porción que les habría correspondido, si la herencia se hubiera distribuido con igualdad entre los legítimos.

II.

433—Como el límite de la libertad de testar es la obligación de prestar alimentos, es oportuno ver la tasa que éstos tienen. Si el heredero instituido es descendiente legítimo, la porción alimentaria de los otros descendientes legítimos privados de la herencia no podrá exceder de la parte que les habría correspondido, si el padre hubiera distribuido sus bienes con igualdad entre sus hijos (78 id). Lo mismo tiene lugar si el heredero instituido es descendiente ilegítimo del testador, y los que reclaman alimentos tuvieren esa misma calidad (80 id). De lo contrario, resultaría que el ser privado de la herencia era una ventaja en ese caso y que, á título de alimentos, se percibiría mas que á título de herencia, que es de mejor condición.

434—Si en este mismo caso, es decir, de que el instituido sea descendiente legítimo, los alimentos han de darse á descendientes ilegítimos, su porción no podrá exceder del quinto de los bienes; y si los descendientes herederos fueren más de cuatro, los alimentos no excederán de lo que como herencia hubiera tocado, si el testador hubiera distribuido con igualdad sus bienes entre los legítimos é ilegítimos (79 id). La razón de ésta última parte es la que acaba de consignarse respecto del artículo anterior, y es la de evitar que á título de alimentos lleven los ilegítimos más de lo

que habrían llevado por herencia, más de lo que llevan los legítimos instituidos herederos.

435—Si el heredero instituido fuere un ascendiente y el que reclama alimentos es descendiente, no podrá percibir más de lo que le hubiera correspondido en la sucesión intestada (81 id.), por motivo idéntico al que ya queda expuesto.

436—Fuera de los casos expresados, es decir, cuando reclamen alimentos descendientes legítimos y el instituido no tenga ésta calidad: cuando los reclamen los ilegítimos y el instituido no sea descendiente legítimo ó ilegítimo; y cuando los reclamen los ascendientes y el instituido fuere un pariente colateral ó un extraño, los alimentos que se deban á las personas que los reclamen,no tendrán mas límite que el de la necesidad del que ha de ser alimentado, atendidas las condiciones en que deban prestarse (82 id). Parece propio y natural que se dé preferencia al derecho de alimentos en toda su extensión legal, sobre el derecho á heredar que tiene un extraño solo por la voluntad del testador que tenía esa obligación de alimentar al otro.

437—Para que se pueda ejercitar ese derecho de reclamar alimentos, disminuyendo con él la porción hereditaria, se requiere, por supuesto, la comprobación de las circunstancias que las leyes de procedimientos exigen para las demandas de esa clase.

III.

438—La libertad de testar, como se ha visto, no lle-

ga ni puede llegar hasta instituir como herederos á aquellos que no son capaces de heredar, porque sería dejar al arbitrio de cada particular, la subsistencia de esas incapacidades, establecidas por motivos y consideraciones de interés público. La libertad de testar está restringida además, por las siguientes prohibiciones, por las cuales no puede el testador:

439—1.° Dar poder para testar (1.° 805 C). Esa facultad que, como hace notar Fuentes, provino de que un Papa escribió á un Obispo unas palabras mal comprendidas, dando orígen á que subsistiera, en el Derecho de España hasta nuestros días, una ley tan extraña cuanto única en el mundo, no puede permitirse. Por una parte, el poder que para testar se daba al comisario, debía tener las mismas solemnidades que el testamento, ¿por qué pues no testaba directamente el que daba á otro poder para testar? Por otra, el comisario no podía instituir herederos, ni mejorar, ni desheredar, ni hacer sustitución, ni nombrar tutor, á menos que al dar el poder se le otorgase facultad especial para alguno de esos actos, nombrando al heredero; y respecto de los demás, señalando para lo que se daba el poder. Según ésto, ó el que testaba propiamente era el que daba el poder, y éste en tal caso solo era orígen de complicaciones y de pleitos, sin ventaja de ninguna clase para el testador ni para ninguno; ó si habían de cambiarse las disposiciones de las leyes, dando todas las facultades al comisario, la voluntad de éste se imponía como testamento, perdiendo el acto su carácter esencial de ser personalísimo y completamente libre. En consecuencia de esta prohibición, los que mueren habiendo dado poder para testar, y nó con testamento otorgado directamente

por ellos, se reputan muertos sin testamento, y entran á sucederlos los herederos legales (807 C).

440—2.° Tampoco puede el testador instituir herederos por fideicomiso (2.° 805 C). Instituir heredero por fideicomiso es nombrar por heredero á un individuo, que se llama *heredero fiduciario*, con obligación de entregar la herencia á otro, que es el heredero *fideicomisario.* Si en el fideicomiso se expresa cual es la persona á quien se ha de entregar después la herencia, no tiene objeto la interposición del fiduciario, puesto que se pudo nombrar directamente al fideicomisario. Si se reserva el nombre de éste, no puede ser sino con el objeto de burlar la ley y de que herede una persona incapaz; de suerte que el fideicomiso, ó tiene por objeto una infracción de la ley, ó es por lo menos, inútil y embarazoso. Por éstas razones, y por estar muy expuestos á abuso del fiduciario, como que el cumplimiento de la voluntad del testador queda enteramente dependiente de él, han sido prohibidos en casi todas las legislaciones modernas; sobre todo cuando están prohibidas las vinculaciones, y cuando el testador es libre para dejar expresamente su herencia á una persona hasta cierto tiempo, y desde que éste llegue, á otra diversa. Como sanción de ésta prohibición, los que mueren dejando instituido heredero por fideicomiso, se reputan muertos sin testamento, y entran á suceder los herederos á quienes toca el derecho de heredar *abintestato.*

441—3.° Está igualmente prohibido al testador ordenar en un testamento que se tenga por nulo el que otorgue después, ó exigir en él, para la validez del posterior, ciertas cláusulas ó condiciones que la ley no requiere (3.° 805 C.); y las cláusulas en que algo

se disponga contra ésta prohibición, así como cualesquiera otras que se opongan á las leyes y buenas costumbres, no anulan el testamento, sino que se tienen por no puestas (806 C). El testamento, como que es la expresión de la última voluntad de una persona, es por su esencia, mudable hasta la muerte de ésta (931 C.); y no es compatible con su naturaleza ni con la libertad que debe presidir á su formación, nada que coarte la voluntad del que lo hace. Así como ninguno puede obligarse á no testar, tampoco puede comprometerse á no cambiar su testamento; y todo lo que sea obstáculo y traba para verificarlo es inadmisible y reprobado, y supone además, la mediación de influencia ó interés extraño.

442—El mismo efecto de tenerse por no puestas las cláusulas contra las leyes ó buenas costumbres en el testamento para las herencias y legados (821 y 885 C.), lo tienen también respecto de las donaciones: no era así respecto de los demás contratos que se consideraban no hechos cuando dependían de condición ilícita (1.° 1451 C.); punto acerca del cual el Dec. de Ref. núm. 272 (art. 242) estableció la necesaria conformidad; de modo que hoy también se tienen por no puestas esas condiciones en los contratos.

443—4.° No tiene facultad el testador para eximir al tutor de hacer inventario (356 C.), ni para dispensarlo de la obligación de dar cuentas (394 C.), ni para prorogar el término de un año que la ley da á su albacea para cumplir sus encargos (915 C).

TITULO DECIMO.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

444—*Institución de heredero* es *el nombramiento que hace el testador de la persona ó personas que han de sucederle en sus bienes, derechos y acciones.* Generalmente hablando, tal institución es la parte principal del testamento y el objeto mas importante que se propone el que lo otorga; pero no es ya, como lo fué en el derecho romano, esencial é indispensable para su validez. Así pues, la omisión de la institución de heredero en un testamento, no anula las disposiciones que éste contenga (825 C.); y el único efecto de esa omisión es que los bienes, derechos y acciones de que no dispuso el testador, pasen á sus herederos legales ó abintestato (826 y 942 C.); ó lo que es lo mismo, se reputa muerto abintestato el dueño de la herencia, respecto de los bienes no comprendidos en sus disposiciones testamentarias, ya que si otra hubiera sido su voluntad, la habría expresado y ésta se respetaría entonces. Se hablará en éste título 1.° de los que pueden ser instituidos herederos: 2.° de las condiciones para heredar por testamento; y 3.° de las diferentes maneras en que puede hacerse la institución.

I.

445—Acerca de los que pueden ser instituidos herederos testamentarios, la regla es que todos pueden serlo, con *excepción* únicamente de aquellos á quienes la ley declara incapaces, pues debe haber prohibición especial de ésta para que pueda establecerse una incapacidad (812 C). Tienen esa incapacidad ó prohibición los siguientes:

1. ° —Las manos muertas (1. ° 811 C.), por los perjuicios que ocasiona la perpetuidad en el dominio de los bienes. Mas en ésta prohibición no deben estimarse comprendidos los hospitales, los establecimientos nacionales de beneficencia y educación, y las Corporaciones que tienen existencia jurídica con aprobación del Gobierno, y que pueden enagenar su propiedad, aunque sujetándose á ciertas formalidades legales.

2. ° —El sacerdote con quien se hubiere confesado alguna vez el testador (2. ° 811 C.), y ésto para evitar la captación de una herencia á favor de las influencias, que por medio de la confesión pudieran ejercerse.

3. ° —Por la misma razón, y para evitar que se burle la prohibición anterior por la interposición de otras personas, también tienen incapacidad los parientes consanguíneos del confesor hasta el cuarto grado y los afines hasta el segundo (3. ° 811 C.), á no ser que el pariente del confesor, lo fuere también del tes-

tador, porque entonces, esta circunstancia explica la institución.

4. ○ —El alma del testador (4. ○ 811 C.), porque bajo ese nombre se han hecho y podían hacerse muchas de las instituciones á favor de manos muertas ó de personas incapaces.

5. ○ —Los médicos, cirujanos y boticarios que hayan asistido al testador en su última enfermedad, á menos que sean sus parientes dentro del cuarto grado (5. ○ 811 C). La razón de ésta prohibición, que es la misma que se ha explicado tratándose del confesor, no parece que milite respecto de los boticarios que generalmente suministran las medicinas hasta sin saber para qué persona son; pero están comprendidos expresamente en ella. En la prohibición de médicos y cirujanos, deben estimarse incluidos no solo los que sean efectivamente tales, sino también los charlatanes y empíricos, porque éstos pueden ejercer sobre el enfermo el mismo influjo que aquellos y así, exceptuarlos, sería solo hacerlos de mejor condición por carecer de título facultativo. La excepción de la prohibición se refiere á parientes consanguíneos del testador, y en consecuencia, no se extiende á los que simplemente son sus afines.

6. ○ —El Escribano ó notario que autoriza el testamento, su muger, sus padres, hijos, nietos, suegros, nueras ó yernos (6. ○ 811 C.); y en el testamento marítimo, cualquiera persona que ejerza autoridad á bordo, á no ser que sea pariente del testador dentro del cuarto grado (788 C.), por razones análogas.

7. ○ —Las criaturas abortivas, es decir, aquellas que, concebidas ya al tiempo de la muerte de la persona á quien se hereda, nacen antes de tiempo sin

poder vivir, ó las que aunque nacidas en tiempo, no viven veinticuatro horas, por lo menos (750 C.); porque la ley no reconoce la existencia jurídica de éstas personas, como tampoco las de las Corporaciones no autorizadas por ella; y así, no les da capacidad para heredar.

8. ° —*Por razón de indignidad,* no puede ser instituido heredero el que de algún modo coarte la voluntad del testador para que haga, altere ó revoque el testamento ó cualquiera disposición testamentaria; ó impida que una persona haga, revoque ó varíe su testamento (934 y 935 C.); y el que se encuentre en ese caso, pierde todos los derechos que, por el testamento ó por la ley, le correspondan en los bienes de la herencia. El objeto, como se advierte fácilmente, es garantir la independencia y libertad del testador, poniéndolas á cubierto de toda fuerza ó coacción, por medio de la pena que se establece para los que la ejercieran. Bastando cualquiera especie de coacción, porque no se requiere que produzca miedo grave, incurrirán en esa indignidad y en la pena consiguiente, áun aquellos que se limiten á privar al testador de los medios de hacer su testamento, bien haciéndole entender que no está en peligro, bien alejando al Escribano ó testigos de la casa; ó valiéndose de otros medios cualesquiera, directos ó indirectos, para llegar al objeto.

9. °—También están excluidos, como indignos, de toda participación en los bienes de una persona, sea á título de herencia ó de legado, los que resulten autores ó cómplices de su muerte (948 C.); pasando la herencia, en ese caso y en todos los demás en que caduca ó pierde su efecto la institución de heredero,

á los herederos legales (949 C). Si el heredero nombrado tuviere incapacidad legal para heredar, no produce efecto el testamento en cuanto á la institución de heredero; pero solo caduca en cuanto á eso, y no en cuanto á lo demás que contenga (942 C).

II.

446—Para heredar por testamento, se necesita, además de la capacidad de que se ha hecho mérito, que el nombrado sobreviva al testador; porque antes de la muerte de éste, no puede haber derecho verdadero á sus bienes, puesto que el testamento adquiere su fuerza por la muerte del otorgante, el cual es dueño de revocarlo hasta entonces. En consecuencia, el heredero puramente testamentario, respecto del cual no cabe el derecho de representación, que muera antes que el testador, deja de serlo y no trasmite derecho alguno á sus sucesores (770, 813 y 931 C). Y por el contrario, el heredero, con tal que haya sobrevivido al testador, áun cuando muera antes de abrirse el testamento cerrado ú otorgado en escritura pública, ya trasmite á sus herederos testamentarios ó legales su derecho á la herencia (814 C.), porque quedó perfecto desde que murió el testador bajo la disposición en que lo instituía, y es accidental el hecho de que ya esté abierto el testamento ó no lo esté todavía.

447—Del mismo modo, si es condicional la disposición testamentaria en que se deja algo á título de herencia ó legado, caduca si los instituidos mueren antes de verificarse la condición (171 Dec. de Ref. núm.

272); pues entonces, el cumplimiento de ésta es lo que viene á sustituir el efecto de la muerte en una institución incondicional. Aunque no estaba expreso en la ley (945 C.), parecía que si, según se consignaba en otros Códigos, como el francés (1041), la condición impuesta era tal que se manifestara por ella misma que el testador solo tuvo la intención de suspender la entrega, el caso debía exceptuarse de la regla general expuesta. Tal sería el legado de $ 1.000 hecho á Juan si su padre llega á morir. Como esto sucederá forzosamente, Juan, desde la muerte del instituyente, tiene un derecho adquirido irrevocablemente, aunque la ejecución esté suspensa hasta la muerte del padre, así es que si Juan muere antes que él, trasmite su derecho á sus herederos, y éstos podrán reclamarlo cuando el padre haya muerto. Así queda consignado hoy por la disposición del Dec. de Ref. citado.

448—El principio que rige en materia de obligaciones condicionales (1454 C) es diferente del general que hay en cuanto á disposiciones testamentarias bajo condición, en cuanto á adquirir el derecho y poder trasmitirlo, porque el que contrae se supone contraer para sí y sus herederos, por haber concurso de voluntades, y además obligaciones recíprocas casi siempre; mientras que el que testa, lo hace teniendo en cuenta á aquel á quien instituye en algún concepto.

449—Mas, si la institución por herencia ó legado es desde día cierto, ó desde tiempo determinado, áun cuando el heredero ó legatario mueran antes de haber llegado el dia ó venido el tiempo que prefijó el testador, con tal que sobrevivan á éste, pueden trasmitir el derecho porque no caduca la institución (946 C). La razón de ésto es la misma indicada acerca de aque-

llas condiciones en que se ve que no hay otro objeto más que suspender la entrega, pues como el día tiene que llegar indefectiblemente, el heredero adquiere derecho y puede trasferirlo, desde la muerte del testador; mientras que cuando la condición es tal que no se sabe si llegará ó nó á realizarse, el derecho del heredero es tan dudoso y contingente como el cumplimiento de ella, de suerte que mientras no se verifica, no hay nada que trasmitir.

III.

450—La institución de heredero, en lo que sea puramente herencia y nó cumplimiento de la obligación de alimentar, puede hacerse simplemente ó *bajo condición, desde día determinado ó hasta día cierto.* Desde día determinado, como si se expresa que el heredero recibirá la herencia dos años después del día en que muera el testador: hasta día cierto, como si se expresa que devolverá los bienes cuatro años después de recibirlos.

451—El Código establecía que cuando los herederos eran forzosos, la institución debía hacerse simple y absolutamente en la parte que no era de libre disposición (815 C.); pero hoy, suprimida la herencia forzosa por el art. 161 del Dec. de Ref. núm. 272, áun en esa parte pueden ponerse condiciones. La institución condicional es la que se hace depender de la realización de un hecho incierto, de suerte que no hay derecho mientras que la condición no se cumpla, así es que si no llega á verificarse, pasa la herencia á los herederos legales del testador, á no ser que éste hu-

biere dispuesto otra cosa, pues para el efecto, es lo mismo que si hubiera muerto sin testamento (820 C).

452—Las condiciones imposibles de cumplirse, la de no enagenar los bienes, y las contrarias á las leyes y buenas costumbres, se tienen por no puestas (821 C). Lo mismo sucede en las donaciones (717 C.); y parece en efecto lo más natural no dar ningún valor á esas condiciones; pero en los contratos sucedía cosa diversa, pues quedaban éstos anulados (1. ° y 2. ° 1451 C). Aunque se decía que la diferencia proviene de que en los últimos no se ve predominar la intención de hacer una liberalidad como en los primeros, y que en éstos la condición puede considerarse como la causa única del contrato, hay todavía en esa distinción mucho de la sutileza del antiguo derecho romano, y debía más bien buscarse la uniformidad en esas disposiciones, uniformidad establecida ya hoy mediante lo qne prescribe el art. 242 del Dec. de Ref. núm. 272.

453—También se tiene por no puesta la condición de no casarse, como opuesta á la naturaleza; pero sí es válida y permitida la que solo se dirige á impedir el matrimonio con persona determinada (822 C.), porque entonces ya falta esa oposición, y puede el testador haber tenido justas y fundadas razones para no querer que su heredero se casara con tal ó cual persona. Si la condición es de no hacer una cosa imposible, es como si no existiera, de suerte que se tiene co. mo absoluta la institución.

454—La institución de heredero debe hacerse con toda claridad y precisión, de modo que el nombrado sea distinguido fácilmente y no pueda equivocarse con otro (823 C). De lo contrario, no valdría la insti-

tución, porque no se sabría á quien había querido designar el testador: lo mismo sucederá con toda institución ambigua; vicia también la institución, lo mismo que vicia el consentimiento el error que recae sobre la persona (824 C.), porque ese error hace ineficaz la voluntad declarada en un supuesto que no existe.

455—El testador puede nombrar uno ó más herederos. Cuando son varios, se procede en la división conforme á las reglas que siguen:

1. ª—Si él ha señalado la parte de herencia que destina á cada uno de ellos, debe estarse á su disposición; pero si no la hubiere señalado, es igual el derecho de todos á los bienes hereditarios (827 C).

2. ª—Si sucediere que, reunidas las porciones asignadas por el testador á sus herederos, exceden del importe de la masa hereditaria, como si á uno deja la mitad, á otro la tercera y á otro la cuarta parte; ó si siendo de mil la herencia, á uno señala 500, á otro 400 y á otro 300, las porciones deben reducirse á prorata, para que formen juntas el verdadero caudal hereditario (828 C).

3. ª—Si por el contrario, reunidas todas las porciones que el testador señaló á sus herederos, sobra algo que ha quedado sin aplicación determinada, ese sobrante corresponde á los herederos legales, pues respecto de él debe tenerse como muerto abintestato al autor de la herencia; siempre exceptuando el caso de que hubiere sido diversa ó contraria su voluntad (829 C).

4. ª—Si el testador designó en el testamento parte determinada de la herencia para uno ó más herederos, y no señaló la de los demás coherederos, éstos últimos,deducido lo que fué destinado especialmente,

se distribuirán con igualdad lo que sobre (830 C.); pues no hay razón para proceder de otro modo, y darles porciones diferentes.

456—Cuando la herencia se confiere desde día determinado, los frutos que produce hasta que llega ese día, que es cuando comienza el derecho del heredero y entra en posesión de los bienes, corresponden á los herederos legales, si el testador no hubiere dispuesto de ellos (817 C). A la inversa, si el testador instituye heredero hasta cierto día ó tiempo determinado, desde que pasen éstos, ya no podrá el heredero retener los bienes hereditarios ni hacer suyos los frutos (818 C.). porque carece desde entonces de título. Esos bienes y frutos pertenecerán en lo sucesivo al heredero instituido para cuando llegara ese día ó tiempo señalado; ó si el testador no dispuso de los bienes, á los herederos legales (819 C).

457—Siempre que la herencia queda vacante en todo ó en parte, por renuncia de todos ó de alguno de los herederos instituidos, ó porque mueran antes que el testador, ó que caduque ó pierda su efecto por cualquier motivo la institución de heredero, pasa el derecho á los herederos legales, porque, para el caso, es lo mismo que si el autor hubiera muerto sin testamento. Mas, como solo la falta de disposición del causante es lo que da origen á ese derecho, si se hubiere manifestado su voluntad expresa en sentido diverso ó contrario, á ella debería estarse tanto en éste caso, como en los otros en que por análogos motivos entran los herederos abintestato (831 y 949 C).

458—El testador, según se ha indicado, tiene libertad para instituir heredero á cualquiera que no tenga incapacidad legal, con solo que respete las porcio-

ciones alimenticias respectivas, que puedan corresponder á los descendientes, ascendientes y cónyuge. Mas para que pueda hacerse uso de esa libertad respecto del hijo póstumo ó del ausente, cuyo paradero se ignora, es indispensable que manifieste expresamente que los excluye del todo ó parte de la herencia. La simple preterición no alcanza respecto de esos hijos, y por el contrario, anula la institución de otro heredero; y si el instituido ó instituidos fueren también hijos legítimos, los preteridos de que se ha hablado, entrarán al goce de la herencia juntamente con los instituidos, en la porción que les correspondería si la herencia se hubiera distribuido con igualdad entre los legítimos (169 y 170 Dec. de Ref. núm. 272); disposiciones que sustituyeron la que contenía el Código de que cuando el testador había olvidado al heredero forzoso ó lo había excluido indebidamente de la herencia, quedaba sin efecto el testamento en cuanto dañaba los derechos del olvidado ó excluido (944 C). Si después de instituir heredero, sobrevienen hijos que no sean póstumos, ese hecho que les da acción á la porción alimenticia respectiva, no hace caducar por sí solo la institución, sino que el testador deberá revocarla expresamente; y de lo contrario, se entiende que subsiste; así es que en ésta parte ya no tiene aplicación lo dispuesto en el Código (943 C.), por lo cual ha quedado derogado.

TITULO UNDECIMO.

DE LA SUSTITUCION.

459—Sustitución de heredero es *el nombramiento que hace el testador, de otro ú otros herederos, para el caso de que no lo sean el primero ó primeros instituidos* (832 C). Esto puede suceder principalmente porque el heredero ó herederos nombrados en primer lugar mueran antes que el testador; ó porque no acepten ó renuncien la herencia, es decir, porque no quieran ó no puedan ser herederos; y esa sustitución es la que en el Derecho romano y de Partidas se conocía con el nombre de *sustitución vulgar*, porque era permitida á todos. Su introducción se explicaba en Roma, porque la aceptación del heredero se requería para la validez del testamento en que era esencial la institución; y porque se consideraba infamante morir sin heredero, motivo por el cual se designaba un segundo ó tercero para el caso de que el primero faltase, ó no aceptara. El Código de la República, y antes de él las leyes recopiladas españolas, declararon no ser condición esencial para la validez del testamento la institución de heredero; pero aunque haya faltado el primer motivo que dió orígen á la sustitución, se ha conservado la vulgar en algunas legislaciones, como la nuestra, solo por respeto á la voluntad del testador. Esta sustitución es, sin embargo, la única que subsis·

te de las muchas que antes se conocían, y así lo declara expresamente la ley.

460—No puede por lo mismo, tener lugar la *pupilar* que hacían los padres para el caso de que sus hijos impúberes herederos, muriesen durante la impubertad: ni la *ejemplar*, que á imitación de la anterior, se hacía respecto de los hijos locos ó fatuos: ni la *compendiosa* y *brevílocua*, que eran una combinación de las otras en diferentes casos y circunstancias; ni la *fideicomisaria*, ó sea aquella en que se instituía á una persona hábil, con encargo de trasmitir la herencia á otra, generalmente inhábil (805 C).

461—No reconociéndose hoy la herencia forzosa, debe tenerse como general el principio antes citado, de que todo heredero, en cuanto heredero, aunque no en lo que le corresponda por otro título, como el de alimentos, puede ser sustituido al arbitrio del testador (835 C.); y del mismo modo, ya no caducará la sustitución, como antes caducaba (838 C.), porque el instituido deje á su muerte quienes puedan sucederle legalmente. Por esto se suprimió en la reforma el artículo últimamente citado (161 Dec. de Ref. núm. 272).

462—Los sustitutos son tales herederos, y de aquí se deduce: 1.° que no pueden ser sustitutos los que tienen incapacidad para ser herederos (836 C.): 2.° que los sustitutos pueden ser nombrados conjunta ó sucesivamente (833 C). Conjuntamente, como si para el caso de que no herede Pedro, se nombra á Diego y á Juan, para que entren ámbos á un tiempo: sucesivamente, como si para el caso de que no herede Pedro, se nombra primero á Diego y en falta de Diego, á Juan: 3.° que los sustitutos están comprendidos en la disposición de que el heredero instituido que

muere antes que el testador, deja de serlo y no trasmite derecho alguno á sus sucesores (837 y 813 C).

463--Faltando el primer sustituto, el segundo es sustituto del heredero instituido (834 C). Así, si un testador nombra á Pablo y á Pedro, herederos suyos por partes iguales y nombra á Pedro sustituto de Pablo, y á Juan, sustituto de Pedro; la parte de Pablo, en el caso de no ser heredero, irá no solo á Pedro, si lo fuere, sino á su sustituto Juan en caso de que tampoco Pedro sea heredero, porque Juan es no solo sustituto de Pedro, primer sustituto de Pablo, sino también sustituto de éste. En consecuencia, la parte de Pablo, según el artículo 831 C., no se devolverá á los herederos abintestato, mientras Pedro, sustituido en primer lugar, ó Juan sustituto de éste, pueda ser heredero. Esa disposición tiene por objeto atender á la voluntad del testador significada en el sentido de que los herederos nombrados sean preferidos á los que lo son abintestato, y era indispensable, puesto que pudiendo hoy morir cualquiera en parte testado y en parte intestado, no existe el derecho de acrecer en la herencia por ministerio de la ley.

TITULO DUODECIMO.

DE LA ACEPTACION Y RENUNCIA DE LA HERENCIA Y DEL BENEFICIO DE INVENTARIO.

464—La aceptación de la herencia es el *acto por el cual la persona á quien se defiere por testamento ó abintestato, manifiesta su voluntad de tomar el carácter de heredero, y consiguientemente, de ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que proceden de ese título.* Es indispensable la aceptación, porque, según se ha dicho en otro título, la herencia también impone obligaciones, y puede en muchos casos, en vez de ser un beneficio, ser onerosa y perjudicial; y no podría hacerse pesar ese gravamen sobre el heredero, sin contar con su voluntad. Así pues, el heredero nombrado en testamento, ó llamado por la ley, no es tal, si no acepta; y por lo mismo que la aceptación es indispensable, se requiere también que sea libre, de suerte que nunca puede ser obligado á ella (fr. 2. ª 847 C). El efecto de ésta es que el heredero se hace dueño de los bienes hereditarios desde la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, y son suyos los frutos y las ganancias y pérdidas de los bienes hereditarios (860 C). Se sustituye en los derechos, acciones y obligaciones trasmisibles de la persona á quien

hereda; y queda en consecuencia en el deber de pagar sus deudas, los legados del testamento y las pensiones de los bienes hereditarios (853 C).

465—Aunque el heredero no pueda ser obligado á la aceptación, sí está obligado, en caso de aceptar, á que su aceptación comprenda toda la herencia correspondiente á él, ó lo que es lo mismo, no puede aceptar una parte de la herencia y renunciar la otra, sino aceptarla toda ó renunciarla toda (861 C.), porque así lo exige el carácter de sucesor universal, y porque de otra suerte, es claro que tomaría solo lo que fuera ventajoso. Además, como pudiera ser que el heredero no aceptara la herencia ó la renunciara en perjuicio de sus deudores, su falta de aceptación no les perjudica á ellos, sino que pueden pedir de la herencia la parte que basta á cubrir sus deudas (864 C.), quedando el resto para los otros que tengan derecho de heredar; pero ésto no se entenderá respecto de los deudores posteriores á la renuncia, pues no pudo hacerse en perjuicio de ellos un hecho anterior. Va á verse 1.° de cuantas maneras puede hacerse la aceptación: 2.° de quienes pueden aceptar; y 3.° del beneficio llamado de separación.

I.

466—La aceptación puede ser *simple* y *con beneficio de inventario* (fr. 1.ª 847 C). Simple, cuando el heredero se sustituye sin restricción alguna en los derechos y obligaciones trasmisibles del causante; de modo que aunque las deudas y gravámenes de la su-

cesión importen más que el activo de los bienes, queda obligado á satisfacerlas (853 C). Con beneficio de inventario, cuando se acepta en el concepto de no responder por más de lo que importe el haber hereditario, conforme al inventario solemne que se forme de los bienes (854 C). Se ve pues, que entre una y otra forma hay una importante diferencia, y la garantía que da el inventario hace que casi toda aceptación sea en el concepto de gozar de su beneficio; consistiendo éste por lo mismo, en no estar obligado al pago de las deudas de la sucesión, sino hasta donde alcancen los bienes, y en que no se confundan sus bienes propios con los de la sucesión (2325 C).

467—Así como ninguno puede ser obligado á aceptar la herencia, ninguno puede serlo tampoco á aceptarla simplemente, es decir, á tener que responder por más de lo que recibe del autor de la herencia; pero sí hay algunos, como se verá después, por quienes no puede hacerse la aceptación, sino con beneficio de inventario, por la circunstancia de especial protección que merecen de la ley. Habiendo más de un heredero, como cada cual tiene su parte de responsabilidad, puede también, por su parte, aceptar en la forma que le parezca; así que, la aceptación simple hecha por un coheredero, no impide á otro que acepte con beneficio de inventario (850 C.), porque la voluntad de aquel no puede imponerle una obligación que no quiere tomar sobre sí.

468—Para que el heredero pueda gozar del beneficio de inventario se requiere que, aceptada la herencia dentro del término legal, proceda á la facción de inventarios, si no estuvieren hechos por el Juez, comenzando, si los bienes estuvieren en el lugar, dentro

de 30 días desde la aceptación. Si los bienes no estuvieren en el lugar, el término se entenderá prorogado á razón de un día por cada cinco leguas de distancia (859 C). Mas, aun cuando se haga en tiempo, no pueden gozar de su beneficio los herederos que hayan ocultado algunos bienes de la herencia; y en pena además, pierden su derecho á los ocultados, los cuales pertenecerán á los coherederos inocentes en la ocultación, y en falta de ellos, á los herederos legales (856 C).

469—Antes se dijo que el efecto que generalmente produce la omisión de inventario, ó sea la aceptación simple de la herencia, es hacer responsable al heredero de todas las deudas y gravámenes de la sucesión, aunque excedan del importe del haber, por presumirse que tal omisión proviene de que efectivamente el haber es superior á las deudas. Hay sin embargo, dos casos de excepción, fundados en que hay prueba que destruye completamente la presunción, y en que sería por lo mismo injusto hacer responsable al heredero por más de lo que recibió, y son: 1. ° Si los acreedores están conformes en que no hubo más bienes que los designados por el heredero: 2. ° Si éste lo prueba plenamente en juicio (855 C).

470—La aceptación simple puede ser *expresa* y *tácita.* Expresa, cuando el heredero la manifiesta y declara al Juez, ó le pide la posesión de los bienes, ó usa del título ó calidad de heredero en instrumento ó acto público (851 C.); exigiéndose ésto último para evitar la incertidumbre que de la declaración en otra especie de documento, podría resultar. Es tácita, cuando el heredero entra en posesión de la herencia, ó practica otros actos para los cuales no tendría derecho sin ser heredero (852 C). La ley no determina cua-

les son esos actos, y ésto puede dar lugar á que haya dudas y pleitos en algunos casos. En otros Códigos, como el francés, se establece que los actos de mera conservación, ó de administración provisional, no envuelven aceptación tácita; y sí la supone por el contrario, la enagenación del derecho hereditario por cualquier título, ó bien su repudiación mediante algún precio. La supone igualmente la enagenación de cualquiera de los bienes hereditarios, aunque sea para objetos de administración urgente, si no ha sido autorizada por el Juez, á petición del heredero, con protesta de no ser su ánimo obligarse en calidad de tal.

II.

471—Pueden aceptar la herencia por sí los que tienen la libre disposición y administración de sus bienes. Por los herederos que están bajo el poder de otras personas, aceptan éstas; y por los establecimientos y demás instituciones que tienen capacidad de heredar, sus respectivos administradores, ó personeros suficientemente autorizados; pero en ambos casos, debe hacerse la aceptación con beneficio de inventario (848, 849, 297 y 382 C.); porque la aceptación simple podría serles perjudicial, mientras que el beneficio de inventario los pone á cubierto de pérdida. La muger casada puede, sin autorización del marido, aceptar la herencia con beneficio de inventario (155 C.); y si la herencia se le defiere á condición de que el marido no tenga la administración, el marido deberá exigir que

se acepte con beneficio de inventario, so pena de constituirse responsable con sus bienes á las resultas de la aceptación (1182 C).

472—El término para aceptar la herencia es de tres meses, si el heredero está en el Departamento en que ha muerto la persona de cuya sucesión se trata: de seis meses, si está fuera del Departamento, pero dentro de la República; y de un año, si se halla fuera de la República (857 C.); siendo de advertir que, en los casos de abintestato ó ausencia fuera de la República del heredero ó herederos conocidos, el Juez, de oficio, y tan luego como tiene conocimiento de la muerte *abintestato* ó de la ausencia, debe proceder al inventario y depósito provisional de los bienes hereditarios (858 C. y 1345 C. pr. civ).

473—Dentro del término de la aceptación no se presume que el heredero ha renunciado la herencia, pues no se presume que ninguno abandone, sin compensación, lo que le pertenece; así es que, mientras no hay renuncia, el heredero ha de tenerse como aceptante, y pueden dirigirse á él los que tienen derechos contra la sucesión. La renuncia, ó sea la manifestación de que la persona llamada á suceder como heredero, rehusa ésta calidad, tiene que ser expresa (862 C.), para que haya un acto inequívoco por el cual conste que los acreedores ya no pueden dirigirse al presunto heredero y que son llamados á la sucesión los que, en defecto del que renunció, deban entrar á tomarla.

474—Si pasare el término fijado para la aceptación, sin que nadie se presente á reclamar la herencia, y no hay heredero á quien manifiestamente pertenezca, ó han renunciado todos los que tenían derecho á ella, se declarará vacante la herencia, siguiendo los

procedimientos fijados en el Código respectivo (863 C. y 1360 C. pr).

III.

475—Aquí debe tratarse del beneficio llamado de *separación*, que establece la ley en favor de los acreedores del autor de la herencia. Tiene por objeto que no se confundan los bienes del causante con los del heredero, y que los acreedores de éste no pretendan, en consecuencia, hacerse pago con los bienes de aquel, antes de que ellos sean satisfechos de sus créditos. Así pues, si entre los bienes del heredero concursado, se hallan confundidos algunos muebles ó raíces adquiridos por sucesión y obligados por el autor de la herencia á ciertos acreedores, pueden éstos pedir que se separen dichos bienes, y se forme con ellos concurso especial, con exclusión de los acreedores propios del deudor (2394 C). Obtenida la separación, así como los acreedores del heredero no pueden alegar derecho á los bienes de la herencia que naturalmente deben destinarse de preferencia al pago de los acreedores hereditarios, tampoco éstos podrán entrar al concurso del heredero, aunque los bienes de la herencia no alcancen á cubrir sus créditos (2396 C).

476—Ese derecho de pedir la separación de bienes deja de tener lugar en dos casos:

1. º—Si no se pide dentro de tres meses contados desde la aceptación de la herencia (1. º 2395 C.); porque el descuido que permitió los actos que el heredero pudiera ejercitar en los bienes, es justo que se castigue con la pérdida del privilegio, ya que enton-

ces no habría razón para separarlos de los demás acreedores, que tendrían también derechos adquiridos sobre los bienes de la sucesión.

2. ° —Si los acreedores hubieren hecho novación de la deuda, ó de cualquier modo hubieren aceptado la responsabilidad personal del heredero (2. ° 2395 C.); porque ellos mismos quitan entonces voluntariamente á sus créditos el motivo de prelación.

477—Es de tenerse en cuenta que por la anotación preventiva, los acreedores y legatarios son preferidos, en cuanto á los bienes del difunto, á los acreedores particulares del heredero (2119 C.); de suerte que, hecha la anotación, no es indispensable la solicitud de separación.

TITULO DECIMO TERCIO.

DE LOS LEGADOS.

478—Legado ó manda es *una porción de los bienes hereditarios que deja el testador á favor de alguno á quien no instituye heredero* (162 Dec. de Ref. núm. 272); ó bien, *la disposición del testador en que deja una porción de sus bienes á aquel á quien no instituye heredero.* La persona á quien se defiere el legado se llama *legatario* (866 C). Se dice que el legado es una porción de los bienes, porque ésto lo distingue de la herencia en que la sucesión es en todos ellos, así como en los derechos y acciones; y por eso mismo se requiere que no sea instituido heredero, pues entonces

ya sucedería por título universal. Es *porción de bienes dejada por el testador*, porque el legado solo puede constituirse en testamento, y no los hay de ninguna clase abintestato, ya que hoy no existen ni áun los legados que se llamaban forzosos, y consistían en la manda de cierta cantidad que, para objeto designado por la ley, debían constituir todos los testadores. Se hablará 1. ° de las personas que pueden legar y recibir legados: 2. ° del límite de los legados: 3. ° de las cosas que pueden legarse: 4. ° de las diferentes clases que hay de legados: 5. ° de la aceptación de los legados: 6. ° de los derechos del legatario: 7. ° del derecho de acrecer: 8. ° de la extinción de los legados; y 9. ° de la cuarta falcidia.

1.

479—*Personas que pueden legar y recibir legados.* Pueden legar todos los que pueden disponer de sus bienes por testamento; y pueden recibir legados los que tienen capacidad para ser instituidos herederos (810 y 867 C). Así pues, no podrán ser legatarios los que tienen incapacidad absoluta para heredar, como las manos muertas; pero sí podrán serlo los que sólo tienen esa incapacidad relativamente á determinadas personas, de modo que el médico que asistió á una persona en su última enfermedad, no podrá ser heredero ni legatario de ella; pero sí de otra persona diferente. Los Jueces no pueden ser legatarios de ninguna de las partes, durante el juicio (inc. 4. ° 19 C. pr).

II.

480—*Límite de los legados.*—Conforme al Código, el testador solo podía legar la parte de sus bienes de que le permitía disponer libremente la ley (868 C.); es decir, si tenía descendientes, el quinto; y si ascendientes, el tercio, porque lo demás era herencia forzosa; y si el testador se excedía de la parte en que tenía libre disposición, se reducían los legados á prorata, á no ser que él hubiera establecido expresamente otro orden para la reducción (869 C). No subsistiendo hoy la herencia forzosa, el testador es libre para distribuir en legados sus bienes, sin otro límite que el de respetar las porciones alimenticias que esté obligado á dar, según la ley.

III.

481—*Cosas que pueden legarse.*—Pueden ser materia de legado las cosas que están en el comercio, sean muebles ó raíces; y las acciones y derechos susceptibles de trasmisión que se cuentan en el número de bienes (865 C).

IV.

482—*Divisiones de los legados.*—Los legados pue-

den dividirse por razón de la cosa que es materia del legado, y por razón de la forma en que se hacen. Así, hay por razón de la cosa, legados de género, de especie, de cantidad, de liberación, de crédito, de deuda, de cosa propia, empeñada y agena.

483—*Legado específico.*—Hay legado específico cuando se manda una cosa determinada individualmente; por ejemplo, la casa número tantos, situada en la calle tal; tal reloj, tal caballo. Para que tenga efecto el legado de una cosa en especie, es indispensable que se halle en el dominio del testador al tiempo de su muerte (870 C.); de modo que hoy no tendrá ya lugar el legado específico de cosa agena, respecto del cual en la legislación antigua se ofrecían tantas cuestiones y dificultades por las diferencias que había que hacer, de si el testador sabía ó nó que era agena, y algunas otras. Esto no obsta, sin embargo, á que deba cumplirse la voluntad del testador, cuando ordena al heredero que compre una cosa que sabe que es agena, para entregarla al legatario. El legado de cosa específica puede pedirse después de nueve días de muerto el testador (880 C.); y es obligación del albacea cuidar de que se entreguen, practicado el inventario, los que se hallen por pagar (166 Dec. de Ref. núm. 272).

484—*Legado de género.*—Hay legado de género cuando se manda una cosa de cierta clase, pero sin individualizarla ni determinarla, por ejemplo, un caballo, sin expresar cuál; una casa, sin singularizarla tampoco. Se diferencian además el legado genérico y el específico en que respecto de éste no tiene lugar el saneamiento, y sí respecto del otro (2. ° 695 C). Se diferencian también, en que cuando el legado es gené-

rico de cosa mueble, vale, áun cuando no se halle en el dominio del testador al tiempo de su muerte, como si lega un caballo ó un reloj, no dejando ninguno entre los bienes hereditarios. El heredero está obligado en éste caso, á entregar un objeto de esa clase al legatario; y como en la determinación de él pudiera haber gran divergencia, se ha establecido que la elección de la cosa especial en que ha de satisfacerse, corresponde al encargado de pagarlo, á menos que el testador haya dispuesto otra cosa (871 C.)y hecho también el legado de *opción* ó *elección*, que así se llama la facultad de escoger concedida al legatario. Quedando,fuera de éste caso, la elección al heredero, no dejarán de ofrecerse dificultades, porque éste muchas veces tratará de dar lo peor: en esas circunstancias, habrá que ocurrir á la autoridad judicial para que ella resuelva; y es natural que, para hacerlo, atienda á las del legatario, á sus relaciones con el testador, al importe de la herencia y á otros motivos racionales de equidad para fijarse en un término justo y conveniente.

485—Podrá legarse también una cosa inmueble indeterminada? No hay dificultad, ni es motivo para considerar excluidas las cosas raíces, que la disposición legal se haya concretado á las muebles (871 C.) al determinar que la elección corresponde al heredero. Así pues, podrá legarse una casa en general, y ésto,bien sea que haya ó que no haya casas entre los bienes hereditarios, porque siempre aparece clara la intención del testador de favorecer al legatario con que reciba una casa. Confírmase ésta opinión, atendiendo á que solo respecto del legado específico se requiere que se halle en el dominio del testador al tiem-

po de su muerte (870 C.); de modo que, en cuanto á los otros, no se necesita esa condición; y á que tal fué sin duda, la intención de la Comisión redactora del Código que, al tomar el párrafo sobre legados del Código del Perú, suprimió el artículo de éste que después de consignar que el legado de cosa específica no vale si ésta no se halla entre los bienes del testador, establece que vale el legado de dinero ó de cosa inmueble indeterminada, aunque no se halle en la herencia, con el cual sí parece excluirse el de inmuebles indeterminados. Legada la cosa inmueble indeterminada, la elección de ella debe corresponder también al encargado de pagarla, porque áun cuando el precepto legal se refiera en particular á cosa mueble indeterminada, no hay motivo para entender excluida la cosa inmueble, puesto que es general el principio de que la elección toca al deudor. Así se encuentra hoy terminantemente establecido por el art. 164 del Dec. de Ref. núm. 272 que, modificando el 871 del Código, reconoce que el legado de cosa indeterminada puede recaer tanto sobre muebles como sobre raíces, y deja siempre la elección al encargado de pagarlo.

486—*Legado de cantidad.*—Hay legado de cantidad cuando se manda un género, determinado en cuanto al número, como veinte caballos, diez mil pesos. Es pues, el mismo legado genérico con la determinación del número; y si consiste en una suma de dinero, ha de advertirse que devenga intereses á favor del legatario desde que pase un año del fallecimiento del testador, salvo que haya disposición contraria de éste (878 C).

487—*Legado de cosa empeñada.*—Puede ser materia de legado la cosa que pertenece al testador, pero

que tiene dada en prenda; y lo que hay que decidir en éste caso, es quién tiene obligación de pagar la suma garantida con ella; si es el heredero ó el legatario. En la antigua legislación se hacían varias distinciones; fijándose en si el testador sabía ó nó que la cosa estaba empeñada; y en si lo estaba por más ó menos de su valor. Hoy parece que, á menos que el testador haya dispuesto otra cosa, como puede hacerlo, la obligación de desempeñar la cosa legada no es del heredero sino del legatario, porque la cosa legada pasa á éste con todas las responsabilidades que tenía al tiempo de la muerte del testador (882 C.), y una de esas responsabilidades es la de la cantidad que aseguraba en calidad de prenda.

488—*Legado de liberación.*—Se llama así el que consiste en la manda hecha por el testador á su deudor de lo que éste le adeuda; de modo que en virtud de él, queda libre de la obligación de pagar, porque es una verdadera condonación de la deuda, hecha en el testamento del acreedor. Esta condonación no comprende sino lo debido por el legatario al testador hasta la fecha del testamento (872 C.), y nó las deudas que se contraigan con posterioridad, porque la presunción natural es que el testador no se refirió más que á las deudas á que podía referirse; es decir, á las existentes al tiempo de otorgar su testamento; así es que si la deuda proviene de una pensión periódica, el legatario estará obligado á pagar las pensiones devengadas desde la fecha del testamento. Del mismo modo, si resultare que el testador cobra en todo ó en parte, de su deudor, la suma que le debía y le había legado, la manda se entenderá revocada respectivamente en todo ó en parte (941 C). Si el

testador, á su muerte, lo había cobrado ya todo del deudor, no habrá legado; y si una parte, el legatario no tendrá derecho sino á que no se le reclame la parte que falte, pues el hecho de haber cobrado el testador indica suficientemente su cambio de voluntad. Si lo que ha legado el testador á su deudor, es la prenda entregada en seguridad, eso no importa la remisión de la deuda (2320 C.); porque si tal hubiera sido la intención, se habría expresado; mientras que no haciéndose, aparece que solo quiso prescindir de la garantía del crédito. Mas si lo que se lega es el título de la obligación, deberá entenderse condonada la deuda, pues de otro modo no tendría explicación esa manda (2321 C).

489—*Legado de crédito.*—Este legado consiste en mandar á una persona en testamento el crédito que contra otra tiene el testador, como si lega á Pedro mil pesos que le adeuda Juan. Lo que hay pues, es una verdadera cesión ó traslación de crédito, hecha en testamento, y en virtud de la cual, el legatario puede hacer efectivo el crédito con la misma acción que tenía el testador, en la parte que subsista todavía á la muerte de éste, pues si él lo ha cobrado en todo ó en parte, se entiende revocado ó reducido respectivamente (941 C). Respecto de este legado, el heredero cumple con ceder los títulos y las acciones todas, sin que pueda tener otra responsabilidad por insolvencia del deudor, á menos que el autor de la herencia hubiere dispuesto otra cosa.

490—*Legado de deuda.*—Se llama así aquel por el cual manda el testador á su acreedor la suma que le está adeudando. Esto puede ser ventajoso para el acreedor por la constancia en instrumento público; y puede serlo también muy especialmente, cuando la

deuda era condicional ó ilíquida, ó de plazo no vencido todavía, pues en virtud del legado, puede exigirla desde luego. Hay que notar que si no es la deuda lo que se lega al acreedor, el legado que se le haga, debe tener efecto sin perjuicio de su crédito (874 C). De modo que, si se le lega una alhaja y se le adeudan mil pesos, tendrá derecho á exigir lo uno y lo otro.

491—*Legado de hecho*—Pueden legarse las cosas corporales; y pueden legarse también los derechos reales ó personales, que no son por su naturaleza intrasmisibles, así es que podrán constituirse el usufructo, el uso y la habitación por vía de legado. No hay inconveniente tampoco en que se establezca á favor de una persona la obligación de que haga algo en su provecho, otra de las que reciben algo de la herencia, y lo único que se requiere entonces es que el hecho sea lícito.

492—Por razón de la forma en que se hacen los legados, pueden dividirse en simples, condicionales, desde día cierto, hasta cierto día, y con causa ó remuneratorios (884 C).

493—Es puro ó simple el legado cuando no está sujeto á condición alguna; y es condicional, por el contrario, cuando su existencia depende del cumplimiento de una circunstancia dada, v. g., si se lega tal cantidad, si se establece dentro de tal tiempo un ferrocarril. El legado es desde cierto día cuando no debe comenzar á tener efecto sino llegado el día que se fija, como si se lega una pensión que deberá comenzar el primero de Enero de 1889. Es hasta día cierto, cuando se fija la época en que debe cesar el legado, v. g., si se lega una pensión que deberá comenzar desde la fecha de la muerte del testador y cesar cinco años después. Y es con causa ó remuneratorio el legado, cuando se

expresa el motivo ó se hace una recompensa de servicios prestados por el le-gatario al testador.

494—Condición se llama toda circunstancia que suspende el cumplimiento de una cosa, ó que hace depender su cumplimiento de la realización ó no realización de cierto acontecimiento. Propiamente pues, el acontecimiento debe ser futuro, pero podrá en algunos casos ser pasado, si es ignorado de las personas entre quienes ha de tener lugar el derecho condicional.

495—Las condiciones pueden ser afirmativas y negativas. Afirmativas, cuando la existencia de una cosa se hace depender de que otra suceda; y negativa, cuando depende, por el contrario, de que no suceda.

496—Hay también unas que se llaman posibles y otras imposibles. Posibles son todas aquellas que físicamente puedan realizarse, y no se oponen ni á las leyes ni á las buenas costumbres. Imposibles, por el contrario, las que no pueden realizarse por ser opuestas á la naturaleza ó á las leyes y buenas costumbres. De suerte que la condición ilícita ó inhonesta se considera como imposible de derecho, áun cuando no sea de hecho.

497—Las condiciones posibles pueden ser potestativas, casuales y mixtas. Potestativas, las que dependen enteramente de la voluntad de aquel á quien se imponen, como si se dejara un legado con tal que el legatario estudiase Medicina. Casuales, las que no dependen de la voluntad sino de un acontecimiento incierto que hasta entonces puede llamarse sujeto á la casualidad, como si se deja alguna cosa, si no se tiene noticia de cierta persona durante determinado tiempo. Mixtas son las que en parte dependen, y en parte

son independientes, de la voluntad de aquel á quien se imponen, como sería la de contraer matrimonio con determinada persona.

498—También se dividen las condiciones en suspensivas y resolutorias. Suspensivas, las que impiden la realización del acto hasta que ellas se verifiquen; y resolutorias, las que no suspenden la ejecución del acto, el cual tiene lugar desde luego pura y simplemente; pero sí lo resuelven ó dan por no hecho en caso de realizarse, y vuelven las cosas al estado que antes tenían.

499—Las condiciones de los legados han de ser posibles y honestas, y se rigen por las mismas disposiciones que respecto de ellas se ha visto que hay para las herencias (821, 822 y 885 C). Como el legado depende de que se verifique la condición, ó de la llegada del día cierto que equivale á la realización de la condición, los legatarios no tienen derecho de pedir los legados condicionales ó desde día cierto ni tampoco sus frutos, antes de que se cumpla la condición ó llegue el día (886 C.), pues hasta entonces no comienza su derecho. En consecuencia, si se entregó el legado antes del cumplimiento de la condición ó de que llegara el día, el heredero puede recobrarlo (887 C). Esto indica que el legatario no tiene generalmente derecho de exigir, antes de que llegue el día ó la condición se realice, que se le entregue el legado bajo fianza de devolución en su caso; pero cuando la condición es negativa, como si se legara á alguno una suma, si no fuere procesado, parece natural y de equidad que se admitiera la caución que en el derecho romano se llamaba caución *muciana*, porque de otra suerte, el legatario no podría aprovecharse personalmente

del legado. Puesto que los frutos que produce el legado condicional ó desde día cierto, antes de cumplirse la condición ó de llegarse el día, no corresponden al legatario, corresponderán al heredero universal; y si no lo hubiere, porque los instituidos, lo sean en cosa ó porción determinada, á los herederos legales (889 C.); salvo que haya otra disposición especial del testador (894 C) Los legatarios desde día cierto pueden exigir que el albacea asegure la entrega de los bienes para cuando llegue el día (921 C).

500—Cuando el legado es hasta día determinado, pasado éste, el legatario no puede retenerlo por más tiempo ni hace suyos los frutos que en adelante produzca (818 y 888 C.), los cuales pertenecerán á la persona designada por el testador ó á los herederos legales.

501—Respecto de los legados remuneratorios, la ley disponía que se observaran las reglas sobre donaciones de éste género; y que en caso de duda, era obligación del legatario probar los servicios (873 C.); pero procediendo ésta disposición de la tasa que tenían las donaciones, carece hoy de objeto de aplicación.

V.

502—*Aceptación del legado.*—Del mismo modo que la herencia requiere aceptación, la requiere el legado, porque puede tener gravámenes ó puede haber motivos por los cuales no convenga á la persona á quien se defiere. La aceptación del legado es *expresa* ó *tácita*. Es expresa *cuando se manifiesta terminantemen-*

te, ó se reclama el legado; y es tácita, *cuando simplemente se recibe* (875 C). La aceptación la hace el mismo legatario, si tiene la libre administración de sus bienes; y sus representantes legales, en caso de estar bajo la dependencia de otra persona, siendo advertencia que los tutores no pueden aceptar legados que impongan gravámenes ú obligaciones al pupilo, sin previa tasación de las cosas legadas, ni repudiarlos sin decreto judicial (383 C).

503—A diferencia de la aceptación, la renuncia del legado debe ser siempre expresa; de modo que no habiéndola, no se presume; y por lo mismo, conserva el agraciado su derecho de reclamarlo, sin otra limitación que la de los términos para la prescripción correspondientes á la clase de la cosa legada (876 C.), es decir, de dos años tratándose de muebles; y de cinco entre presentes ó diez entre ausentes, si de raíces.

504—Para tener derecho al legado, no basta la aceptación: es indispensable además, lo mismo que sucede en la herencia, que sobreviva el legatario al testador, pues si muere antes que él, no obtiene ningún derecho ni, en tal concepto, puede trasmitirlo á sus herederos que solo lo aprovecharán, si han sido llamados igualmente por el testador (883 C).

VI.

505—*Derechos del legatario.*—El legatario de cosa cierta y determinada, adquiere desde la muerte del testador, el dominio de la cosa legada en el estado en

que se halle, y obtiene la posesión desde que se la entrega el albacea ó heredero (877 C). Dueño el legatario de la cosa, lo es también naturalmente de los frutos que la misma produce, desde la muerte del testador (878 C). Mas la entrega del legado no puede exigirse sino después de nueve días de muerto el testador, si es de cosa específica existente en la testamentaría (880 C.); y no siendo de esa clase, hasta que no se haya aceptado la herencia ó el heredero no entre á poseerla (879 C.);pues éste, préviamente á la aceptación, tiene que formar inventario y hacer otros arreglos, incompatibles con la obligación de entregar desde luego los legados. Debe advertirse sí que todas éstas reglas generales rigen en defecto de disposición especial del testador, porque si él ha ordenado algo en cuanto al modo, orden y tiempo en que deben pagarse los legados, á ello debe estarse (881 C).

506—El legatario puede pedir anotación preventiva en los bienes raíces de la herencia (5.° 2111 C). Si es de género ó de cantidad, puede también pedir que se haga partición (1023 C). El legatario adquiere la cosa legada, sustituyéndose en los derechos que en ella tenía el testador, de modo que pasa á aquel con todas las responsabilidades que tenía al tiempo de la muerte del testador, si no dispuso lo contrario (882 C.); y en esa virtud, si estaba gravada con servidumbre ó hipoteca, la adquiere el legatario con esos gravámenes.

507—Como el legatario no adquiere derecho sino hasta la muerte del testador, que es cuando queda ya irrevocablemente fijada la voluntad de éste, no puede enagenar su legado sino después de muerta la persona que se lo dejó (195 Dec. de Ref. núm. 272).

507—Llegada la oportunidad en que el legatario tiene derecho de pedir el legado, lo puede demandar ejecutivamente (4. ° 914 C. pr). Las acciones para el cobro se dirigen contra el albacea ó contra los herederos, conforme á los principios que siguen: 1. ° Es obligación del albacea cuidar de que se paguen los legados; pero como los bienes están poco tiempo en su poder, él debe entregar, luego que se practique el inventario, los legados específicos que no hayan sido satisfechos con anterioridad (880 C. y 166 Dec. de Ref. núm. 272). Los otros legados deben cubrirse por los herederos, mas como el albacea es también responsable de ellos, debe hacer que se aseguren á su satisfacción, cuando entregue los bienes á los herederos; siendo á su cargo satisfacerlos si no se verifica pronto esta entrega (166 Dec. cit). 2. ° No habiendo albacea, la obligación de pagar los legados es de los herederos, porque á ellos incumbe cumplir la voluntad del testador (902 C). 3. ° Por la aceptación, queda el heredero obligado á pagar los legados del testamento, así es que, desde que se verifica, queda libre el albacea, y la acción ha de dirigirse contra el heredero (853 C). 4. ° En caso de haberse dado posesión definitiva de los bienes de un ausente, los que en su testamento hayan sido agraciados con legados, pueden dirigirse contra el heredero que la haya obtenido (106 C).

508—Según se vió en otra parte, los legatarios no pueden ser testigos en el testamento en que son instituidos (3. ° 156 Dec. de Ref. núm. 272).

VII.

509—*Derecho de acrecer.*—Así como puede el testador señalar la cosa en que consiste el legado de las diferentes personas á quienes agracia con mandas, puede también, legar una misma cosa para dos ó más personas. Cuando ésto sucede, los derechos de los legatarios respecto de la cosa dejada en común, se rigen por las mismas reglas que la herencia. Así pues, si el testador señala la parte de cada legatario, á esa designación ha de estarse; y si ésta falta, es igual el derecho de todos los legatarios á la cosa (827 C). Si reunidas las porciones exceden de la masa legada, hay que reducirlas á prorata (828 C). Si solo se designó la porción de algunos legatarios y nó la de otros, éstos deben distribuirse con igualdad lo que sobre, deducido lo que fué destinado especialmente (830 C). Corresponde por último, al heredero universal, y si no lo hay, á los herederos legales, lo que sobre de los legados, cuando el testador haya omitido alguna parte en la distribución de una porción ó cantidad determinada. (829 C).

510—Derecho de acrecer se llamaba el que tenían los coherederos y colegatarios de algunas cosas, á la parte de herencia ó legado dejados en común, cuando eran renunciados, ó quedaban vacantes por muerte de la persona á quien correspondían. Nuestra legislación no lo reconoce sino en el único caso de que el testador lo haya establecido clara y expresamente (890 C.), y de ese modo han quedado suprimidas las

muchas disputas que antes se suscitaban, sobre cuándo debía entenderse que había verdadera conjunción entre los legatarios. Así pues, hoy ya no habrá interpretaciones acerca de la voluntad presunta del testador: si él quiere que se haga algo de importancia, debe expresarlo siempre con palabras terminantes.

VIII.

511—*Extinción de los legados.*—Los legados se acaban de varios modos: 1. ○ Por renuncia expresa (876 C). 2. ○ Por muerte del legatario ocurrida antes del fallecimiento del testador (883 C.), ó antes de verificarse la condición, á no ser que aparezca claramente que ésta solo tuvo por objeto suspender la entrega, si el legado es condicional (171 Dec. de Ref. núm. 272); mas nó porque ocurra la muerte antes de haber llegado el día ó vencido el tiempo que prefijó el testador en el legado desde cierto día ó hasta cierto tiempo (946 C.), porque habiendo un plazo señalado que debe llegar forzosamente, se ve que la intención del testador es que el legatario no deje de recibir el legado. 3. ○ Por declararse nulo el testamento en que se dejaba, ó porque haya sido revocado, á menos que en el testamento posterior se declare, expresamente, que queda en vigor el legado. 4. ○ Por la enagenación que haya hecho el testador, del todo ó parte de la cosa legada, se entiende revocada su disposición relativa á la cosa ó parte enagenada, á no ser que vuelva á su dominio (940 C.); ó por haber reclamado el crédito, si el legado fué de crédito; ó recibido en pago el todo ó

parte (941 C). 5.° Por destrucción de la cosa en el legado específico, cuando acontece sin culpa del heredero (947 C). Los legados que caduquen ó vaquen, pertenecen al heredero universal, y en su defecto, á los herederos legales (891 C.), á menos que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa (894 C).

IX.

512—*Cuarta falcidia.*—Con este nombre se conoce el derecho que dá la ley al heredero instituido, sobre la cuarta parte de los bienes hereditarios, cuando el testador que lo instituyó distribuye al mismo tiempo toda la herencia en legados (896 C). Establecida en el derecho romano para que el heredero tuviera ese aliciente para aceptar, y no quedara destituido el testamento, se ha conservado como una remuneración del trabajo del heredero, que debe sacarla, deduciéndola á prorata de los legados; salvo que el testador disponga lo contrario. Y si en el testamento se hubiere legado al heredero algo que importe menos de la cuarta parte, su derecho se limita á tomar de la herencia, lo que falte para completarla, salvo disposición en contrario, del testador (897 C).

TITULO DECIMO CUARTO.

DE LOS ALBACEAS.

513—En materia de albaceas ha de verse: 1. ° en qué consiste el albaceazgo y sus diferentes clases: 2. ° quiénes pueden ser albaceas: 3. ° sus obligaciones: 4. ° los modos cómo acaba el cargo: 5. ° la remuneración de los albaceas; y 6. ° algunas disposiciones especiales que hay respecto de ellos.

I.

514—Albacea ó ejecutor testamentario, que también se llamaba mansesor y cabezalero, es *el que tiene el encargo de cumplir la última voluntad de una persona.* En rigor y propiamente, solo deberían tener el nombre de albaceas, aquellos cuya designación procede del testador; pero la ley reconoce tres clases de albaceas: testamentarios, legítimos, y dativos ó judiciales.

515—Albacea *testamentario* es aquel á quien el testador encarga el cumplimiento de su última voluntad (898 C). Albaceas *legítimos* son aquellos á quienes, por disposición de la ley, corresponde, en ciertas circunstancias, cumplir la voluntad del difunto: tales son los herederos á quienes incumbe hacerlo cuando

el testador no hubiere nombrado albacea (902 C.), así como les incumbe también, ejecutar sus disposiciones siempre que no se hayan cumplido, sea por no estar comprendidas en la comisión de albaceazgo, ó porque el albacea nombrado no haya podido ó no haya querido ejecutarlas (903 C). Albacea *dativo* es el que nombra el Juez, en caso de renuncia, remoción ó falta del nombrado en testamento (899 y 900 C.); porque entonces se ve que, respecto de los asuntos que son materia del albaceazgo, no quiso el testador dejar encargado el cumplimiento sólo á los herederos. Lo mismo sucederá cuando no haya herederos, ó varios se disputan en ese concepto la herencia, sin que ninguno la posea.

II.

516—Todos pueden, generalmente, ser albaceas testamentarios, con excepción de los siguientes: los menores de 21 años: los que no tienen la libre administración de sus bienes, aunque sean mayores: los que, aunque tengan la administración, son incapaces de adquirir á título de herencia; y los que se hallan en actual ejercicio de las funciones de Magistrado, Fiscal ó Juez (165 Dec. de Ref. núm. 272 y 677 C. pr). Para el albacea dativo requiere la ley además, que sea de notoria buena conducta, que esté domiciliado en el lugar donde se abra la sucesión, y que tenga bienes raíces con qué asegurar su manejo ó, á falta de ellos, que dé fianza, que también pueden exigir los herederos (901 C). Es de advertir que los ascendientes, tutores, guardadores, maestros y cualesquiera fun-

cionarios que, con abuso de autoridad ó encargo, cooperen, como cómplices, á la perpetración de los delitos de adulterio, violación, rapto ó estupro, ó fueren reos de corrupción de menores, quedan inhabilitados, por el tiempo máximo que fija el Código, para ser albaceas, si hay menores interesados (296 y 297 C. Pen).

517—Puede ser nombrado un solo albacea ó varios; y éstos, para que lo ejerzan mancomunada ó sucesivamente (904 C.); si están mancomunados, todos desempeñan el cargo á la vez, y su responsabilidad es solidaria (905 C.); si no hay mancomunidad, lo ejerce uno en defecto de otro, por el orden de su nombramiento.

III.

518—Son obligaciones de los albaceas:

1. ª—Cuidar de los funerales del testador, arreglándose á lo que éste hubiere dispuesto; y en falta de disposición, á la costumbre del lugar, atendidas sus circunstancias (1. ° 908 C).

2. ª—Ver por la inmediata seguridad de los bienes (2. ° 908 C).

3. ª—Hacer, con intervención de los herederos, y cuando no los haya, de los interesados en los bienes, inventario formal, comenzando dentro de 30 días y concluyendo dentro de 90 (3. ° 908 C).

4. ª—Pagar las deudas (4. ° 908 C).

5. ª—Administrar los bienes, hasta que los herederos tomen posesión de ellos, después de practicado el inventario (5. ° 908 C).

6. ᵃ—Entregar, practicado el inventario, los legados específicos que haya por pagar, y asegurar, á su satisfacción, para su oportuno pago, los demás legados de otra clase (166 Dec. de Ref. núm. 272).

7 ᵃ—Abstenerse de demandar ó defender en juicio, si no es por aquellos asuntos en que tuvieren encargo expreso del testador, pues respecto de los demás no son personeros de la testamentaría. Por consiguiente, fuera del caso mencionado, toda demanda ha de interponerse contra los herederos, y solo éstos pueden demandar á los deudores de la testamentaría ú obligados en favor de ella (910 C).

8. ᵃ—Abstenerse de adquirir, por sí, ni por medio de otro, durante el ejercicio del albaceazgo, y mientras no hayan dado cuenta de su administración y pagado el saldo, bienes y derechos de la testamentaría, ni créditos contra ella (912 C). Esta prohibición está sancionada con la nulidad de la compra y con la pérdida que al comprador se impone del precio, á favor de las Facultades que han sustituido á la Universidad nacional (4. ° 1517 C. y 249 Dec. de Réf. núm. 272). Debe advertirse también, que conforme á la fr. 2. ᵃ del art. 252 del Cód. Pen., el albacea que, directa ó indirectamente, procure su interés particular en cualquiera clase de contrato ú operación en que intervenga por razón de su cargo, incurre, además de la pena de inhabilitación, en una multa del 20 al 50 por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

9. ᵃ—Cuidar de pedir la inscripción de los bienes ó la constitución de la hipoteca, por los bienes en que consiste el peculio de los hijos (2059 C).

10. ᵃ—Dar á los interesados cuenta documenta-

da de su administración; y aprobada, hacer la partición de la herencia (917 y 1013 C).

IV.

519—Acaba el cargo de albacea:

1.° —Por muerte del que lo desempeña (911 C.); porque es meramente personal y no puede ser trasmitido por el que lo ejerce. Pasan, sin embargo, á sus herederos, como es natural, las responsabilidades civiles en que hubiere incurrido por su administración.

2.° —Por estar cumplidos los encargos del testador, pues carece ya de objeto (fr. 2.ª 914 C).

3.° — Por el trascurso de un año desde la muerte del testador, aunque no estén cumplidas las disposiciones de éste (fr. 1.ª 914 C). Este plazo se ha designado para evitar que los albaceazgos se hagan inmortales, y prevenir los abusos que resultaban de eso; y por lo mismo, está declarado que ese *término* es *fatal*, de modo que no puede prorogarse ni por el testador, ni por el Juez (915 C.); y que todo lo que, después del año, ejecute el albacea, excepto la rendición de cuentas, es nulo; pudiéndosele exigir el pago de daños y perjuicios por su indebida intervención (916 C).

4.° —Por no haberse empezado los inventarios dentro de 30 días y concluido dentro de 90 (913 C).

5.° —Por remoción (922 C). Esta puede pedirse al Juez por los interesados en los bienes, por causa de negligencia, abuso ó malversación del albacea, sea

cual fuere la clase de éste y la extensión de sus facultades.

V.

520—El albacea tiene derecho á que, de la herencia en cuyo favor ejerce el albaceazgo, se paguen los gastos de éste (918 C.), así como los de la partición (1072 C); y á que se le abone, como honorario por su trabajo, siempre que no sea heredero ó legatario, el dos por ciento de los bienes inventariados, si su importe es de $ 50.000 en adelante: el tres, de cuarenta en adelante: de treinta en adelante, el tres y medio: de veinte en adelante, el cuatro; y el cinco siempre que baje de ésta última cantidad (919 C). Si el importe de la herencia ó legado es menor que lo que corresponde por honorario, no hay razón para que no se complete, una vez que el albacea, reteniendo este carácter, y renunciando la herencia ó legado, podría obtener el mismo resultado.

521—Cuando la herencia se ha dejado para que se entregue á día cierto, ó para cuando se hayan cumplido los encargos del testador, los herederos tienen, para su garantía, el derecho de exigir que el albacea les asegure la devolución de los bienes para cuando llegue el día ó sean cumplidos los encargos, sin más menoscabo, en cuanto de él dependa, que el que resulte naturalmente de las disposiciones del testador (167 Dec. de Ref. núm. 272). En el propio caso expresado, los legatarios, no habiendo herederos, pueden ejercitar el mismo derecho (921 C).

VI.

522—Para concluir, será oportuno mencionar que el albacea no puede ser testigo en el testamento en que se le nombra (4.° 793 C.); y que cuando un albacea administrador, sin consentimiento expreso de los herederos, hubiere dado algunos bienes en locación, ésta termina al terminar el albaceazgo. (10.° 1728 C).

TITULO DECIMO QUINTO.

DE LA SUCESION LEGAL.

I.

523—La sucesión ó *herencia legal*, según se expuso en otra parte, es *la que se defiere por ministerio de la ley, en falta de disposición testamentaria del dueño de los bienes*. A alguno deben asignarse éstos; y la ley, tomando la representación de aquel á quien pertenecían, interpreta su voluntad conforme á lo que es más propio en el orden de la naturaleza y de la sociedad; y da derecho á ellos, á aquellas personas á quienes racionalmente es de presumirse que los habría dejado el dueño, si hubiera hecho testamento. Las relaciones naturales que producen los vínculos de

la sangre y las relaciones íntimas que produce el matrimonio entre los que lo contraen, son las que sirven á la ley para fundar su presunción de afecto é interés; y llama en consecuencia, á la sucesión, en primer lugar, á los descendientes; en segundo, á los ascendientes; luego, al cónyuge; y por último, á los colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad; disponiendo que, en defecto de todos ellos, pasen los bienes á las Facultades que han sustituido á la Universidad nacional.

524—Aunque basado el orden de suceder en el que se supone que el autor de la herencia habría seguido si hubiera testado, y en la presunción de mayor afección é interés, esta presunción no admite prueba en contrario, porque eso equivaldría á crear el semillero de pleitos que se ha tenido en mira evitar principalmente, al establecer el orden de sucesión. Así es que, áun cuando el autor de la herencia no haya ni tenido noticia de la existencia de un colateral que fuera su más próximo pariente, á éste corresponderá la herencia y nó al extraño á quien hubiera profesado la amistad más íntima y el más afectuoso cariño.

525—La sucesión legal tiene lugar desde luego: 1.º en defecto de testamento, y por ésto se llama también *sucesión intestada* ó *abintestato*, á diferencia de la sucesión testamentaria: 2.º cuando el testamento se ha declarado nulo, porque es completamente igual á que no lo haya: 3.º cuando, aunque el testamento sea válido, es insubsistente la institución de heredero, porque el nombrado tiene incapacidad legal (942 C.); ó muere el heredero antes que el testador, ó antes de que se cumpla la condición impuesta (818 y 945 C.); ó caduca, ó pierde su efecto por cualquier

motivo la institución de heredero (949 C.): 4.° cuando el testador omitió la institución de heredero, en los bienes de que no dispuso (826 C.); ó cuando hecha la institución, el testador señaló partes á cada uno de sus herederos, en lo que haya sobrado y quede sin aplicación determinada: 5.° cuando el heredero instituido renuncia la herencia (813 C). Si son varios los instituidos, y no todos renuncian, solo irá á los herederos legales la parte de los que renunciaron.

526—Como se vé, y está dicho en otra parte, la sucesión testamentaria y la legal no se excluyen hoy recíprocamente, como se excluían por derecho romano y por el derecho español de las Partidas, los cuales consignaban el principio de que ninguno podía morir en parte testado y en parte intestado; ó lo que es lo mismo, que no podían concurrir juntamente la sucesión testamentaria y la intestada. Consecuencia de ésto era el derecho de acrecer que en las herencias se establecía, y consistía en que el instituido heredero, aunque lo fuera solo en una porción insignificante de la herencia, tenía derecho á todo lo demás de que no hubiera dispuesto el testador, ó quedara vacante por renuncia ó por cualquiera otra causa. Hoy, á lo que se está, es á la declaración expresa del testador: si éste dispone lo que ha de hacerse con la herencia vacante ó renunciada, á esa disposición se atiende; pero en falta de ella, solo se da al heredero instituido lo que el testador ordenó que se le diera, y se defiere todo lo demás á los herederos legales.

527—En la sucesión legal, según se ha indicado, el orden de sucesión es el siguiente: 1.° los descendientes: 2.° los ascendientes: 3.° los hijos adoptivos: 4.°

el cónyuge: 5. ° los colaterales hasta el cuarto grado; y 6. ° las Facultades. Corresponde tratar de cada uno de ellos.

II.

SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES.

528—Los descendientes son los llamados en primer lugar, á la sucesión intestada; y con razón, porque en el orden de la naturaleza está que sean las personas á quienes se tiene mayor afecto; porque, siempre ó casi siempre, el trabajo representa la esperanza de asegurar la suerte de los hijos; y porque es también como que el dominio de los bienes reside no sólo en el padre, sino en la familia que queda constituida por sus hijos.

529—Para ésta sucesión se observan las reglas siguientes:

1. ª —En la línea de descendientes, corresponde la herencia, en primer lugar, á los hijos y descendientes legítimos sin distinción de matrimonios (951 C). Entre los legítimos se comprende á los legitimados, porque tienen los mismos derechos que los legítimos (263 C).

2. ª —No habiendo descendientes legítimos, corresponde la herencia á los ilegítimos reconocidos conforme á la ley (757 C. y 175 Dec. de Ref. núm. 272). Tratándose de la herencia del padre, es indispensable siempre, el reconocimiento; advirtiendo que, para el efecto de heredar, no basta la declaración de paterni-

dad hecha por una ejecutoria, sino que debe hacerse el reconocimiento en documento público ó auténtico, pues está derogada la disposición (235 C.) que atribuía á la sentencia que declara probada la filiación, todos los efectos del reconocimiento voluntario. Si es á la madre ilegítima á quien ha de sucederse, no se necesita el reconocimiento expreso de ella para que sus hijos puedan heredarla (234 C.), á no ser cuando ha estado ignorada ó desconocida con anterioridad (236 C).

3. ª—Concurriendo hijos legítimos con ilegítimos reconocidos, heredan éstos últimos el quinto de los bienes (175 Dec. de Ref. núm. 272); pero, si por ser mayor el número de los hijos legítimos que el de los ilegítimos con derecho á heredar, hubiera de resultar que éstos, con tomar el quinto quedaban con mayor haber que aquellos, se dividirá la herencia entre todos por partes iguales (972 C). La razón es que prefiriendo la ley la sucesión legítima, no debe, para ser consecuente, dejar que una circunstancia accidental, como es el mayor ó menor número de hijos, destruya esa preferencia, y haga, respecto de la herencia, á los ilegítimos de mejor condición que los legítimos.

4. ª—Los descendientes de primer grado suceden, por derecho propio y por cabezas, y prefieren á los de grados ulteriores que provienen de ellos (951 C). Así pues, vivo Pedro, hijo del testador, solo él, y no los hijos que tenga, entra á heredar abintestato, porque el derecho de ellos no es distinto del de su padre; y viviendo éste, no puede su descendencia tomar su representación. Suceder *por cabezas* significa que se hacen tantas partes cuantos son los descendientes de primer grado que heredan con igual derecho, de modo que, si la herencia es de ciento y los hijos son cua-

tro, tocan veinticinco á cada uno.

5. ª—Los descendientes de segundo grado suceden, á falta de sus padres y en concurrencia con los otros descendientes del primer grado, ó sean sus tios; pero éstos suceden por derecho propio, y aquellos por derecho de representación; ó lo que es lo mismo, los de primer grado entran por cabezas; y los de ulteriores grados, por familias ó estirpes, esto es, por la parte que correspondería al hijo á quien representan (951 C). De este modo, si muere una persona dejando un hijo y cuatro nietos de otro hijo premuerto, la mitad de la herencia será para el hijo, y la otra mitad para los cuatro nietos que constituyen la familia del que murió; y en representación de éste, reciben la parte que á él le habría tocado, si viviera (759 C).

6. ª—No habiendo descendientes del primer grado, sino solo del segundo, suceden éstos también por estirpes ó familias (951 C.); de suerte que se hacen tantas partes cuantos eran los descendientes de primer grado cuyas familias van á heredar. Si murieron pues, los dos hijos del autor de la herencia, dejando uno de ellos un hijo y el otro cuatro, no se harán cinco porciones iguales de la herencia para cada uno de los cinco nietos, sino dos, una para los cuatro que forman una familia, la que se distribuirán entre sí por cabezas; y la otra, para el otro nieto que constituye la otra estirpe.

530—Las reglas anteriores y lo que se dice acerca del derecho de representación, contienen lo bastante para comprender todo lo que se refiere á la sucesión de los descendientes. Con el objeto sin embargo, de alejar cualquiera duda, está declarado expresamente que los derechos que respectivamente, según que es-

tén solos ó concurran con hijos legítimos, atribuye la ley á los ilegítimos, pueden ser ejercitados por los hijos y descendientes que dejaren con derecho á heredarlos (970 C). Así pues, los hijos legítimos ó ilegítimos reconocidos de un hijo ilegítimo reconocido, heredarán ellos solos, por partes iguales, al abuelo, si no hay otros descendientes: heredarán el quinto,que se distribuirán entre sí por cabezas, si concurren con descendientes legítimos de primer grado, ó con legítima representación de ellos: heredarán la parte que habría correspondido á su padre, si concurren con otros descendientes ilegítimos reconocidos de primer grado; ó si aunque no los haya de ese grado, concurren con otros que tengan á su vez la representación legal de éstos. Parece innecesario advertir que si fuere legítimo el hijo premuerto, concurren en representación de él,con los otros descendientes legítimos sus hijos ilegítimos reconocidos, puesto que tenía él derecho propio (971 C.); pero sí es oportuno recordar que en la línea de descendientes es ilimitado el derecho de representación, de suerte que lo dicho respecto de los descendientes de segundo grado,es aplicable, en su caso, á los de tercero y á los de grados sucesivos.

III.

SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES.

531—El segundo orden de sucesión es el de los ascendientes, y tiene lugar en falta de descendien-

tes legítimos ó ilegítimos reconocidos (172 y 173 Dec. de Ref. núm. 272). En esta sucesión se observan las reglas siguientes:

1.ª—*Los ascendientes que tienen derecho, en primer lugar, á la herencia, son los padres legítimos; la madre ilegítima y el padre ilegítimo reconocido.* (176 Dec. de Ref. núm. 272).

2.ª—*En falta de padres, heredan los abuelos y demás ascendientes legítimos, por cabezas y sin distinción de líneas* (976 C). Así pues, si muere el nieto dejando un abuelo legítimo por parte paterna, y dos abuelos legítimos por la materna, su herencia, sin hacer ninguna distinción, se dividirá en tres partes iguales para cada uno de los tres abuelos. Esto contiene una disposición diversa de la que establecía el derecho español, en el cual se prevenía que la división se hiciera por líneas, de modo que la mitad iba al abuelo paterno, y la otra mitad á los dos maternos.

3.ª—*En esta sucesión, los ascendientes más próximos excluyen á los más remotos; y no cabe en ella el derecho de representación* (762 C. y 177 Dec. de Ref. núm. 272). En consecuencia, así como quedando vivos el padre y la madre de hijo legítimo ó ilegítimo reconocido, los dos le heredan por iguales partes (974 C.); si solo uno de los dos sobrevive, á él solo corresponderá la herencia, aunque estén vivos los padres del otro (975 C). No podrán pues, concurrir simultáneamente los abuelos con los padres, los bisabuelos con los abuelos; y así sucesivamente.

4.ª—*Para que los abuelos y demás ascendientes del hijo ilegítimo reconocido puedan heredar á éste, es necesario que hayan tenido á su vez, el derecho de heredar respectivamente al padre ó madre per-*

muerto (978 C). Según ésto, si el abuelo era padre ilegítimo no reconocido, no tendrá derecho á la herencia de su nieto, como que sería absurdo concedérselo cuando no lo tenía ni áun para heredar al hijo, por no ser reconocido.

5. ª—*En la sucesión de los abuelos y demás ascendientes de hijo ilegítimo reconocido, excluyen los más próximos á los más remotos, sin distinción de líneas* (177 Dec. de Ref. núm. 272). Antes, por el Código, preferían, en igual grado, los de la línea materna á los de la paterna (977 C.); de suerte que, quedando abuelos maternos y paternos de hijo ilegítimo reconocido, la herencia correspondía solamente á los abuelos maternos; pero no tenía verdaderamente razón de ser esa regla, ya que el padre ilegítimo reconocido está equiparado, en sus derechos respecto del hijo, al padre legítimo. Y si, concurriendo junto con la madre, heredan por igual al ilegítimo reconocido, no hay motivo para que con los otros ascendientes hubiera preferencia de líneas; por lo cual se hizo la reforma indicada.

6. ª—*A la sucesión del hijo ilegítimo no reconocido por el padre, solo tienen derecho los ascendientes por la línea materna* (979 C.); y esto, como consecuencia natural de que ni el mismo padre tiene derecho de heredar, porque es recíproca la sucesión y carece de él el ilegítimo reconocido.

532—Debe tenerse presente respecto de esta sucesión, que pierde el derecho de suceder como heredero legítimo por testamento ó abintestato, al hijo ó hijos cuyos bienes ha administrado, el padre ó madre que pasó á segundas nupcias y dejó de hacer el inventario de los bienes que les pertenecían, ó de rendir cuen-

ta de su administración (196 y 197 C). Debe advertirse también que, aunque generalmente no se necesita para ningún efecto legal el reconocimiento expreso de la madre ilegítima, sí se requiere cuando ha estado desconocida ó ignorada con anterioridad.

IV.

SUCESIÓN DEL CÓNYUGE.

533—Después de las personas mencionadas, corresponde la herencia abintestato al cónyuge (173 Dec. de Ref. núm. 272); de modo que ocupa así el tercer lugar en el orden de sucesión. Esta es una de las innovaciones introducidas por la legislación que nos rige, y que era imperiosamente reclamada, pues, cuando menos, debe ser preferido el cónyuge á los parientes colaterales, si es el principio del afecto el que ha de gobernar la sucesión. Para que ésta tenga lugar es indispensable sí que el cónyuge sobreviviente no esté separado del otro por divorcio en que él sea el culpable.

V.

SUCESIÓN DE LOS HIJOS ADOPTIVOS.

534—Faltando descendientes y ascendientes con de-

recho á heredar, suceden los hijos adoptivos, á quienes nuestro Código áun daba en éstos casos el carácter de herederos forzosos (173 Dec. de Ref. núm. 272).

535—Como esta sucesión, en su caso, solo se refiere á los hijos adoptivos, es claro que no tendrá lugar el derecho de representación; y es natural también que, siendo varios los hijos adoptivos, se dividan los bienes por iguales partes. Hay que notar además, que el padre adoptante es herédero abintestato del hijo adoptivo, por reciprocidad, cuando no tiene ni descendientes, ni padres, ni cónyuge con derecho á heredar (160 Dec. de Ref. núm. 272).

VI.

SUCESIÓN DE LOS COLATERALES.

536—En falta de las personas hasta aquí enumeradas, corresponde la herencia á los parientes colaterales; y para proceder con mas claridad acerca de este orden de sucesión, van á distinguirse los casos en que se trata de la sucesión por parentesco legítimo y los de la sucesión de hijo ilegítimo.

537—Siendo legítimo el parentesco, las reglas son las siguientes:

1.ª—*Corresponde la herencia de los colaterales, en primer lugar, á los hermanos legítimos del intestado* (954 C.); *en el concepto de que los hijos del hermano que hubiere fallecido con anterioridad, gozan del derecho de representación* (763. 764 y 954 C). Así

pues, si muere una persona que deja dos hermanos legítimos, á ellos corresponderá la herencia, con exclusión de cualesquiera otros colaterales que no sean los sobrinos, hijos de algún hermano premuerto. Y si concurren á la herencia, por ejemplo, un hermano y cinco hijos de otro hermano premuerto, se harán de ella dos partes: una para el hermano, y otra que se dividirán por iguales partes los cinco hijos que representan al otro.

2.ª—*Si entre los hermanos, los hubiera enteros y medio hermanos; ó medio hermanos por parte paterna y medio hermanos por parte materna; los bienes que el difunto deja, habidos por parte del padre, corresponderán exclusivamente á los hermanos de padre: los habidos por parte de la madre, exclusivamente á los hermanos uterinos: los demás bienes que tengan otra procedencia, se partirán con igualdad entre todos los hermanos* (955 C.); *y no siendo posible averiguar cuáles sean bienes paternos y cuáles maternos, los hermanos enteros heredan las dos terceras partes de la herencia, y la otra tercera parte los medio hermanos* (956 C). Se ve pues, que la ley se fija, respecto de la sucesión de los hermanos legítimos y de los sobrinos que concurren con ellos por representación, en el doble vínculo de parentesco; y si bien no le atribuye el efecto que se le ha dado en otras legislaciones de excluir completamente á los medio hermanos, sí le concede alguna preferencia.

3.ª—*En falta de hermanos, siguen los demás parientes del intestado hasta el cuarto grado; y entre ellos, á menos que sean sobrinos que concurran junto con sus tíos por representación, no se atiende al doble vínculo; el más próximo excluye al más remo-*

to, y se divide la herencia por igual entre los parientes del mismo grado (958 C). En esta virtud, si los únicos parientes mas inmediatos que quedan son sobrinos, hijos de hermanos premuertos, se divide entre todos por iguales partes la herencia, sin atender á que los unos procedan de hermanos enteros y los otros de medio hermanos, y sin atender tampoco á que sean muchos los hijos procedentes de un hermano, y pocos ó uno solo los que procedan del otro.

4. ª—*En falta de parientes legítimos hasta el cuarto grado, heredan á los parientes colaterales por parte de padre ilegítimo reconocido ó por parte de madre, los hijos ilegítimos reconocidos por el padre y los descendientes de esos hijos* (981 C.); *y si el hijo ilegítimo no fuere reconocido por el padre, solo heredará á los parientes colaterales por parte de madre* (982 C).

538—Si la sucesión á que deben entrar los parientes colaterales es la de un hijo ilegítimo reconocido por el padre, se observarán las siguientes reglas:

1. ª—*Entrarán en primer lugar, los hermanos sean paternos ó maternos, siguiéndose las reglas que para la división entre hermanos legítimos se han dado respecto de hermanos enteros y medio hermanos, con la limitación de que vá á hablarse* (2. º 980 C).

2. ª—*Si entre los hermanos del hijo ilegítimo hubiere algunos que sean legítimos, ellos y sus descendientes en representación, serán preferidos en la herencia de los bienes existentes que procedan de la línea del padre ó de la madre á que pertenezcan dichos hermanos legítimos* (5. º 980 C). Como en esta dispo-

sición se habla de los bienes existentes que proceden respectivamente del padre ó madre, aparece claro que los hermanos no tienen ningún derecho á reclamar los bienes que el intestado hubiere consumido durante su vida, ni á que se los repongan con otros.

3.ª—*En la sucesión de los hermanos al hijo ilegítimo, tiene cabida la representación en favor de los sobrinos que concurren con sus tíos; pero si están solos aquellos, siguen la regla general de los demás parientes colaterales* (3.° 980 C).

4.ª—*En falta de hermanos, entran á la sucesión del hijo ilegítimo sus demás parientes colaterales hasta el cuarto grado* (4.° 980 C).

5.ª—*A la sucesión del hijo ilegítimo no reconocido por el padre, solo tendrán derecho los hermanos uterinos y los demás parientes colaterales por parte de madre, lo mismo que sucede áun respecto de los ascendientes* (979 C).

ÚLTIMO ORDEN DE SUCESIÓN.

540—En falta de parientes áun colaterales hasta el cuarto grado, los Códigos generalmente contienen una disposición para destinar los bienes del intestado á un objeto en que sirva para la generalidad de sus conciudadanos. Así es que unas veces se atribuye la sucesión directamente al Tesoro público, otras á Establecimientos de beneficencia ó de instrucción. Entre nosotros, dispone el Código que, no habiendo parientes hasta el cuarto grado, herede la Universidad nacional (fr. 2.ª 957, 4.° 980 y 1360 C.

Pr.); y hoy, las Facultades creadas en sustitución de la Universidad nacional (174 Dec. de Ref. núm. 272).

TITULO DECIMO SEXTO.

DEL PARENTESCO Y DEL MODO DE COMPUTAR LOS GRADOS.

541—Puesto que el parentesco es, en ciertos casos, un impedimento para contraer matrimonio, y su relación es importante también respecto de otras materias, como la de sucesiones, es indispensable tratar de él. Se hablará pues 1. ° del parentesco y su división en natural y civil: 2. ° del parentesco de consanguinidad y del de afinidad; y 3. ° de las disposiciones especiales á que dan lugar las relaciones que hace presumir el parentesco.

I.

542—Parentesco en general, es *la relación ó conexión entre dos personas, por descender la una de la otra, ó ámbas de un tronco común; ó por el matrimonio de una de ellas con un pariente de la otra; ó por la adopción*. Así, el hijo y el padre son parientes: son parientes los hermanos: lo son el marido y el hermano de su muger; y lo son finalmente, el adoptante y el hijo adoptivo. El parentesco se divide en *natural* y *civil*: es *natural* cuando la relación pro-

viene de la misma naturaleza; y es *civil*, cuando es creación de la ley. El parentesco *civil* que nuestras leyes reconocen, es el que proviene de la adopción, á imitación del parentesco natural y por los derechos y obligaciones que aquella crea; y se contrae entre el adoptante y el adoptado, aunque se disuelva la adopción; y entre el adoptado y los hijos del adoptante, mientras la adopción subsiste (961 C).

II.

543—El parentesco natural, es de *consanguinidad* ó de *afinidad*. *Consanguinidad es la unión ó relación que existe entre las personas que descienden de una misma raíz ó tronco* (959 C.); y los parientes entre quienes media se dicen *consanguíneos*, esto es, que tienen sangre común. El padre y el hijo son consanguíneos, y descienden de un tronco común que es el abuelo: son consanguíneos dos hermanos, y descienden de un tronco común que es el padre: son consanguíneos los hijos de dos hermanos, y descienden de un tronco común que es el abuelo.

544—Afinidad es *la unión ó relación que existe entre una persona y los consanguíneos de su cónyuge;* y procede de que, en virtud de la ficción legal que reputa al marido y á la muger como una sola persona, cada uno de los cónyuges tiene, respecto de los parientes del otro, la misma relación, por afinidad, que tiene él por consanguinidad. Así, la muger tiene parentesco de afinidad con el padre, con los hermanos y con los demás parientes del marido, guardando con cada uno

de ellos relativamente ese parentesco de afinidad en el mismo grado que su cónyuge lo tiene de consanguinidad. Por esto, la muger es hija política del padre de su marido, ó sea, tiene respecto de él, por afinidad, la misma relación que su marido tiene con él por consanguinidad; y es hermana política ó cuñada de los hermanos del marido.

545—La afinidad que resulta del matrimonio se llama lícita: la que resulta de otra unión ilegal, á la cual hace extensivo la ley el parentesco, se llama ilícita (960 C). Pero aunque se hace mención de ésta última, no tiene asignado efecto legal.

546—El parentesco natural de consanguinidad resulta de la generación de unas personas por otras, y para establecer su mayor ó menor proximidad y las consecuencias que de él se derivan, para el matrimonio, para la sucesión y para otras materias de menor importancia, se hace su clasificación en grados y líneas. El parentesco se calcula por el número de generaciones que hay entre las personas que tienen esa relación; y se llama *grado el intervalo ó paso de distancia que hay de un pariente á otro, por las generaciones que median entre ellos;* de suerte que cada generación constituye un grado (972 C).

547—*Línea es la serie de generaciones ó grados procedentes de un tronco común* (963 C). Constituyen pues, una línea, el abuelo, el padre, el hijo, el nieto, el bizniето, que representan otras tantas generaciones, procedentes todas del abuelo. La línea es *recta* y *colateral* ó *trasversal*. *Recta es la serie de grados entre personas que descienden unas de otras*, como la que acaba de citarse (964 C.); y *colateral es la serie de grados entre personas que no descienden unas de*

otras, pero sí de un tronco común. Así, dos hermanos son parientes en línea colateral ó trasversal, porque el uno no desciende del otro, pero sí descienden ámbos de un tronco común que es el padre. La línea colateral se llama *igual*, cuando los parientes están á igual distancia del tronco común; por ejemplo, dos hermanos; y *desigual*, cuando desigual es la distancia; por ejemplo, un tío y un sobrino.

548—La línea recta se dice *descendente* ó *ascendente*, según que se considere partiendo ó bajando de una persona á los hijos y demás descendientes; ó que se considere, por el contrario, subiendo de una persona á sus padres y demás ascendientes (964 C). Es pues, la misma línea, que toma una ú otra denominación, según el diverso aspecto en que se considera: si va del abuelo al padre, al hijo, al nieto, es descendente; y al contrario, si va del hijo al padre, al abuelo, al bisabuelo, se llamará ascendente.

549—La determinación de los grados, es importante, porque para los diferentes efectos legales, se les fija siempre un límite, pasado el cual, no se toma en consideración el parentesco, por suponerse ya muy débil el vínculo que existe entre las personas. Para determinarlos, se atiende á las reglas siguientes:

1.ª—*En la línea recta, sea ascendente ó descendente, los grados se cuentan por las generaciones, de modo que hay tantos como generaciones.* Según esto, el padre y el hijo están en primer grado, porque hay una generación: el abuelo y el nieto en segundo, porque hay dos; y así sucesivamente. Puede decirse también que hay tantos grados como personas, sin incluirse la del tronco, porque ese número de personas representa el de generaciones: así, el abuelo y su nie-

to están en tercer grado, y tres es también el número de personas que queda, sin incluir el abuelo.

2 ª—*En la línea colateral, se calcula el grado entre dos parientes contando los que resulten subiendo desde el uno al tronco común, y bajando después hasta el otro* (967 C). En consecuencia, en ésta línea no puede haber primer grado: los hermanos, que son los colaterales mas próximos, están en segundo grado: uno, del hermano al padre: y otro, del padre al otro hermano; el tío y el sobrino están en tercer grado; los primos hermanos, en cuarto.

550—El Derecho Canónico computa de un modo diferente del expuesto, los grados de la línea colateral, porque solo cuenta los grados de un lado, si la línea es igual; ó los del más extenso, si es desigual, de suerte que según ésta computación, dos hermanos están en primer grado. Y como en nuestra anterior legislación estaba dispuesto que, en punto á matrimonios, se estuviera á la computación canónica; con el objeto de que hoy no se suscite ninguna duda en el particular, está declarado que no se reconoce otro modo de computar los grados sino el civil en la forma que queda explicada (968 C).

III.

551—La intimidad que la ley supone entre parientes inmediatos, y el interés de los unos por lo que concierne á los otros, motivan no solo el impedimento para el matrimonio, el derecho á alimentos y á la su-

cesión intestada, sino también algunas disposiciones como las que siguen:

1.ª—Los parientes pueden pedir guardador para los bienes del ausente (88 C).

2.ª—Los parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del heredero instituido en un testamento, no pueden ser testigos en éste (2.° 793 C).

3.ª—Son causas de recusación de un Juez el que tenga parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, ó de afinidad dentro del segundo con alguno de los litigantes (1.° 66 C. pr.): que tenga interés en el pleito, alguno de sus parientes dentro de los grados que acaban de expresarse (2.° 66 pr.): que sea pariente, en los mismos grados, del Juez inferior cuyas providencias penden ante él por recurso ordinario ó extraordinario (4.° 66 C. pr.); y que sea él, ó su esposa ó hijo, adoptante ó adoptado de alguna de las partes que litigan (5.° 66 C. pr).

4.ª—El Fiscal no debe abrir dictamen en causas en que tiene interés personal, él ó alguno de sus consanguíneos dentro del cuarto grado, ó afines dentro del segundo. (1.° 108 C. pr).

5.ª—El abogado no puede defender en causa en que su padre, hijo, suegro, yerno, hermano ó cuñado sea juez ó escribano, ni ninguno de éstos conocer ó actuar en la causa en que sea defensor alguno de sus parientes en los grados mencionados (119 C. pr).

6.ª—Los escribanos no pueden actuar en causas en que su padre, hijo, hermano, suegro, yerno ó cuñado sea juez, abogado ó asesor (155 C. pr).

7.ª—No pueden ser testigos ni expertos á favor de una persona: los ascendientes y descendientes, el

cónyuge, los consanguíneos dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo; ni los consanguíneos del juez hasta el cuarto grado y afines dentro del segundo; el adoptante y el adoptado (215 y 1.°, 2.°, 3.°, 11.° y 13.° 790 C. pr.), á no ser en causas sobre edad, filiación, estado, parentesco ó derechos de familia que se litigan entre parientes; (791 C. pr.) ó si el parentesco es común á ámbas partes, ó éstas no se oponen (791 y 792 C. pr).

552—La ley enumeraba en algunos casos, y áun era también motivo de recusación, el parentesco llamado espiritual ó sea la relación entre compadres, y entre padrino y ahijado. Ese parentesco no debe reconocerse hoy, ni atribuírsele efectos legales, á menos que con él concurra otra causa, como la amistad íntima, que los produzca; y por ese motivo, en la reforma se suprimieron ó modificaron las disposiciones que hacían referencia á tal parentesco, como el inciso 3.° del art. 66 y el 4.° del 790 del Código de procedimientos civiles (17 y 169 Dec. de Ref. núm. 273).

TITULO DECIMO SETIMO.

DE LA REPRESENTACIÓN.

553—En la sucesión legal ó abintestato puede haber derecho personal y propio, como si el hijo hereda, á la muerte del padre, los bienes de éste; ó *derecho de representación*, como si juntamente con un hijo, entran á heredar los hijos de otro, muerto antes que el padre. Va á verse 1.° en lo que consiste la representación: 2.° respecto de quienes tiene lugar; y

3. ° algunas advertencias generales, relativas á ella.

I

554—La representación es *una ficción legal cuyo efecto es hacer entrar á la sucesión intestada á algunas personas en el lugar, grado y derechos de otras*. Un padre, por ejemplo, muere dejando un hijo A y cinco hijos de otro hijo B, que murió antes que él: estos cinco entran á la herencia representando á su padre: la ley los pone en el mismo lugar y en el mismo grado, y les atribuye los mismos derechos que tendría su padre si viviera; y así, tienen la representación de la persona del padre, y sustituyen á éste en sus derechos hereditarios, de suerte que lo que á él correspondería, corresponde á estos cinco hijos. Por lo expuesto se ve cuál es la diferencia que hay entre la *trasmisión* y la *representación:* hay trasmisión cuando una persona traspasa á sus herederos, por su muerte, derechos que ya tuvo ella efectivamente, áun cuando fuera por muy corto tiempo. Así, el hijo capaz de heredar, aunque solo haya vivido poco mas de 24 horas, trasmite al padre la herencia que adquirió de la madre, muerta al darlo á luz. En la representación, el representado nunca llegó á tener actualmente ese derecho, puesto que aquel á quien debía heredar le sobrevivió.

555—El orígen de la representación se encuentra en la consideración de que, por la muerte de un hijo ó hermano, el cariño del padre ó hermano, recae en los hijos que han dejado, y en que no sería justo por nin-

gún concepto, que á éstos perjudicara de tal modo la circunstancia de la muerte de su padre, que los privase de lo que habrían tenido en el patrimonio de la familia, si hubiera vivido. Como el principio general era que los parientes de un grado excluían á los de otro grado más remoto, para sostenerlo, los descendientes de un hijo premuerto ningún derecho tendrían á la herencia del padre de éste, si dejaba otros hijos; y para moderarlo en ésta consecuencia, se estableció el derecho de representación.

II.

566—1. ° *Tiene cabida la representación, y es ilimitada, en la línea de los descendientes legítimos, legitimados ó ilegítimos reconocidos* (754, 755, 759, 760, 970 y 971 C). Así pues, los biznietos pueden, en la sucesión intestada de su bisabuelo, representar á su abuelo premuerto; y la razón es que en esta línea es donde obran con toda su fuerza los motivos para la representación, por ser lo natural, en el curso ordinario de la vida, que los que vienen después, la tengan respecto de los que los precedieron. Esa representación tiene lugar, para sus efectos, sea que los que la ejercen concurran juntamente con descendientes del difunto en grado más próximo; sea que, por haber muerto todos los hijos de aquel á quien se va á heredar, antes que él, concurran solos. Si pues, un individuo muere dejando cinco nietos procedentes de su hijo A premuerto, y cuatro del hijo B también premuerto, todos los nietos entrarán por representación,

es decir, que los cinco hijos de A recibirían la parte que habría tocado á éste; y los cuatro de B, la parte que á B habría correspondido.

557—2. ° *En la línea de los ascendientes, no hay representación* (762 C.); y en consecuencia, el más próximo en cualquiera de las líneas, excluye al más remoto: de suerte que si muere una persona sin descendencia, y quedan la madre y el abuelo paterno, éste no puede representar á su hijo para heredar al nieto, y todo pertenecerá á la madre. La representación concedida á los ascendientes sería contraria al orden de la naturaleza, porque supondría una perturbación del de la mortalidad; y por otra parte, si es cierto que en los nietos recae el mismo ó mayor cariño que se tenía al hijo premuerto, no lo es que recaiga en el abuelo el que se tenía al padre, y así sucesivamente. En el orden natural, como explica Rogrón, como el hijo habría debido recibir los bienes del ascendiente, en la sucesión de su padre, si éste no hubiera premuerto, nada tan propio y tan sencillo como que lo represente; mientras que el motivo de la representación no existe en el caso inverso, porque teniendo más edad el ascendiente, ha de presumirse, en el curso regular de la vida, que morirá antes que sus hijos y que sus nietos.

558—3. ° *En la línea colateral, solo hay representación para que, al heredar á un hermano, se cuente entre los hermanos sobrevivientes, á otro que antes murió, dejando hijos; y éstos vienen á recibir la parte de herencia que habría correspondido á ese hermano, si no hubiera muerto* (763 C). En esta línea, es limitada ya la representación, porque solo respecto de los hijos de los hermanos, pueden tener aplicación

las razones que la fundan al tratarse de los descendientes; y nó respecto de los demás parientes, para quienes el afecto va disminuyendo á medida que es más remoto el grado. Por tanto, si muere un individuo dejando como parientes más próximos, á un primo hermano é hijos de otro primo premuerto, ó á un sobrino é hijos de otro sobrino premuerto, éstos no tendrán derecho á participar de la herencia por representación (958 C.), sino que el más próximo excluye al más remoto. Para que los hijos de hermano sucedan por derecho de representación, es necesario que haya quedado algún hermano de aquel á quien se sucede; y en ese concepto, si solo quedan sobrinos, hijos de varios hermanos premuertos, entran por derecho propio, como parientes mas próximos; de suerte que la herencia se divide entre ellos por iguales partes (958 C). Si el difunto deja pues, un sobrino hijo de su hermano A, y cinco hijos de otro hermano B, la herencia se dividirá en seis partes iguales, una para cada uno de los sobrinos.

III.

559—Debe advertirse que cuando los hijos, representando á su padre, heredan al tío, en concurrencia con un hermano de éste, la parte que á ellos se defiere en común, por estirpe, que es la misma que á su padre habría tocado, la deben distribuir entre sí por cabezas, por iguales partes (764 C). Siendo la herencia de $ 20.000, tocarán al hermano vivo $ 10.000 y $ 10.000 á los dos hijos que haya dejado otro herma-

no premuerto; y entre éstos dos, se distribuirán por iguales partes esos $ 10.000 que percibieron por representación. Si el hermano premuerto, cuyos hijos entran por representación, era solo medio hermano ó hermano ilegítimo, ellos en representación de él, solo tendrán el derecho que tal hermano tenía (980 C).

560—Debe advertirse también que, por renunciar la herencia de una persona, ó por ser excluido de ella por indignidad, no se pierde el derecho de representarla para otra sucesión ú otros efectos (765 C.), de suerte que el que no acepta, por perjudicial, la herencia de su padre, puede sin embargo representarle para heredar al abuelo. La razón es que la representación no depende del carácter de heredero del que sería tal si viviera, puesto que la sucesión se abre después de su muerte; sino de la ficción que hace que otro tome su lugar en la familia, y tiene el grado que él habría ocupado, de modo que es un derecho que nace de la relación de familia, y no depende de la herencia del representado.

561—Hay que advertir, por último, que no se puede representar á una persona viva; así que, si uno de varios hijos renuncia la herencia de su padre, sus descendientes no podrán tomar su representación, porque ésta no cabe respecto de una persona que ningún derecho tiene, puesto que lo ha renunciado.

TITULO DECIMO OCTAVO.

DE LA PORCION CONYUGAL.

562—En otro lugar se ha visto ya que el cónyuge sobreviviente, que no estuviere divorciado por su culpa, es heredero legal ó abintestato, y entra á la suceсión antes que los parientes colaterales (173 Dec. de Ref. núm: 272). Mas puede suceder que haya descendientes ó ascendientes que prefieran á él en la sucesión intestada:y puede suceder también que el otro cónyuge haya hecho testamento en que instituya por heredero á otra persona que no sea el sobreviviente. Con el objeto de atender á la suerte de éste,el Código establecía á favor de la viuda que careciera de lo necesario para vivir,y á favor del viudo que además fuera inválido, habitualmente enfermo ó mayor de sesenta años, lo que se llamaba la *cuarta conyugal*, ó sea, el derecho de heredar la cuarta parte de los bienes del otro cónyuge, después de pagadas las deudas. Por el Decreto Legislativo de 13 de Abril de 1881, cuyas disposiciones repitió el Decreto de Reformas del Código Civil, núm. 272, el derecho del cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para subsistir, es á una porción alimenticia, derecho que hay que respetar, áun establecida la libre testamentifacción (178 Dec. de Ref. núm. 272). Esta porción no podrá exceder de la cuarta parte de los bienes en caso de que concurran, juntamente con él, hijos legítimos en número

menor de cuatro; y siendo cuatro ó más, no excederá de lo que á cada uno de ellos debe corresponder en concepto de alimentos (179 Dec. de Ref. núm. 272). No habiendo hijos legítimos, la porción alimenticia del cónyuge sobreviviente puede exceder de la indicada tasa; pero sin perjuicio de los derechos que tengan los demás alimentarios (180 Dec. cit).

TITULO DECIMO NOVENO.

DE LA PARTICION DE BIENES HEREDITARIOS

PARRAFO PRIMERO.

DE LA PARTICIÓN Y ADJUDICACIÓN.

568—La partición es *la adjudicación y distribución que se hace entre los coherederos, del líquido haber hereditario*; es decir, *de lo que queda después de pagadas las deudas que lo afectan*. Corresponde ver aquí: 1. ° Qué clases hay de partición: 2. ° Quiénes pueden pedirla: 3. ° Quiénes pueden hacerla: 4. ° De la adjudicación: 5. ° De la oposición á la adjudicación; y 6. ° Del término en que puede pedirse la partición.

I.

564—La partición puede ser *judicial* y *extrajudicial:* extrajudicial, *la que se hace sin intervención de la autoridad del Juez, por convenio ó conformidad de los interesados:* judicial, *la que se somete al examen del Juez, y necesita de su aprobación.* Generalmente, basta la partición extrajudicial, como que, siendo mayores los herederos, la ley los autoriza para partir y transigir como mejor les parezca, sin intervención judicial (1034 C.); y solo es indispensable que sea judicial en los casos siguientes:

1. ° —Si la mayoría de los interesados lo exigiere, aunque todos sean mayores y capaces (1053 C.); pues es natural atender y respetar su voluntad en cuanto á dar á la partición mayor solemnidad y garantía.

2. ° —Si alguno de los interesados es menor (1053 C.), ó está ausente, que de ordinario se equipara al menor (1032 C.); para prevenir, con el examen é intervención de la autoridad, cualquiera perjuicio que en un acto privado se les pudiera causar.

II.

565—Pueden pedir que se haga la partición:

1.° —Cualquiera de los coherederos que tenga la libre disposición de sus bienes (1016 C.); porque en

efecto, cualquiera de ellos tiene derecho de que se le señalen y adjudiquen los bienes que exclusivamente le correspondan, ya que no se le puede obligar á permanecer en proindivisión de la herencia, por los inconvenientes y discordias que la experiencia demuestra que á menudo produce la comunidad, especialmente cuando los copartícipes no permanecen en ella por su consentimiento, sino que, al contrario, la resisten; inconvenientes y discordias que á la sociedad interesa cortar. La ley los ha estimado de tanta consideración que ha declarado que la comunión no puede ser obligatoria, ni áun por orden expresa del testador (1014 C.); y que solo puede suspenderse ó dejar de hacerse la partición por convenio expreso de todos los interesados, y por un término que no pase de cinco años (1015 C.); de suerte que á ese término debería reducirse cualquiera otro mayor que se hubiera pactado. Se exige en el coheredero que pide por sí la partición, que tenga la libre disposición de sus bienes (1016 C.), porque la enagenación que lleva consigo, y los derechos y obligaciones que crea, suponen capacidad de obligarse, de parte del que la pide. La acción puede ejercitarse en cualquier tiempo, esto es, es imprescriptible mientras hay comunidad en la posesión, ó ésta se ejerce por alguno en nombre de todos; (1065 C.) nó cuando uno de los coherederos poséé á nombre propio, el todo ó parte de la herencia, caso en que sí tiene lugar la prescripción, y es de diez años (1065 C. y 194 Dec. de Ref. núm. 272). Este último artículo fijó el término de 10 años en vez del de 20 que fijaba el artículo 1064 del Código, porque ese término tan largo no tenía razón de ser ní estaba en armonía con el que fijan las otras disposiciones.

566—Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos dejando dos ó más herederos, basta que uno de éstos pida la partición á nombre de su causante, para hacer cesar la comunión; pero todos ellos deben proceder, en lo demás, como que representan á uno solo, de consuno y con una misma representación (1025 C. y 3.° 142 C. pr).

567—2.° Los tutores, guardadores y representantes legales pueden y deben pedir la partición, por los menores, incapacitados y ausentes (1017 C.): la de los últimos, antes de la posesión provisional definitiva.

568—3.° El marido puede pedir la partición á nombre de su muger, pero interviniendo el consentimiento de ella; y ésta podrá pedirla también, mas con autorización del marido; pudiendo, en uno y en otro caso suplir el Juez el defecto de consentimiento ó la falta de autorización (1018 C). Por la enagenación que la partición supone, es sin duda por lo que no puede pedirla por sí solo el marido, que no puede tampoco por sí enagenar los bienes de la muger (205 y 208 Dec. de Ref. núm. 272); y como ésta tampoco puede enagenar por sí (47 y 207 Dec. de Ref. núm. 272), se requiere la autorización del marido, cuya falta, así como la de consentimiento de la muger, suple el Juez cuando se niegan sin motivo justo (156 C).

569—4.° Los herederos bajo condición pueden igualmente pedir la partición, pero cuando aquella se haya cumplido, y nó antes (1019 C,); pues el derecho de hacerlo solo corresponde á los que verdaderamente son herederos, y el heredero bajo condición, puede llegar á ser de hecho heredero, pero todavía no lo es hasta que la condición no se realiza; como que si ésta no llega á tener efecto, la herencia pasa á los here-

deros legales del testador, ó á quien éste haya dispuesto (820 C). La circunstancia de que haya un heredero condicional no debe obstar á los otros herederos que no tienen esa circunstancia; y por eso es que tales coherederos sí tienen derecho de exigir partición, pero asegurando competentemente el del heredero condicional, para el caso de que llegue á cumplirse la condición. En consecuencia, la partición que se haga, se tendrá como provisional en cuanto á la parte en que consiste el derecho del pretendiente y en cuanto á las cauciones con que se haya asegurado (1021 C.), mientras haya posibilidad de que la condición se cumpla. Verificado ésto, deberá hacerse la partición definitiva, dando al heredero condicional su porción correspondiente. Perderá ese carácter provisional, y se convertirá en absoluta y definitiva, desde el momento en que se sepa que la condición no puede verificarse (1020 C).

570—5. ° Puede pedir partición el legatario de género ó cantidad (1023). No se encuentra otra razón para haber limitado el derecho á los legatarios de esta clase, sino que cuando el legado es de cosa específica que existe en la testamentaría, el legatario puede pedirla después de nueve días de la muerte del testador (880 C.), y entonces ya no tiene interés en que la partición se verifique.

571—6. ° Representando el cesionario todos los derechos y acciones del cedente, en cuya posición se sustituye, podrán pedir partición los cesionarios de cualquiera de los herederos, ó de alguno de los legatarios de género ó cantidad (1024 C).

572—7. ° Podrá también pedir la partición el acreedor de un heredero ó legatario que haya trabado

ejecución en el derecho que tenga en la herencia, siempre que ya haya obtenido sentencia de remate y que el pago no pueda hacerse con otros bienes (1022 C). Si ha de hacerse efectiva la acción del acreedor, no puede negársele el derecho de reclamar la división para hacerse pago con lo que á su deudor perteneciere; mas para llegar á ese extremo, facultándole para intervenir en la partición, es muy natural que se establezca como indispensable que no haya otros bienes del deudor con que pagarle; pues habiéndolos, no hay necesidad de darle una participación que, solo la consideración de que se le deje á descubierto, puede justificar.

573—Esto procede respecto de los acreedores particulares de alguno de los herederos ó legatarios: si los acreedores, lo fueren de la herencia y estuvieren legalmente reconocidos, no pueden pedir la partición; pero sí pueden oponerse á que ésta se lleve á cabo mientras no se pague su crédito, si ya está vencido el plazo; ó si no lo estuviere, mientras no se asegure debidamente el pago (1061 C). Esto procede de que, por una parte, no hay herencia sino después de pagadas las deudas; y de que, por otra, podrían los herederos disipar sus porciones respectivas y hacer imposible el pago; ó cuando ésto no sucediera, sería siempre más gravoso y molesto para el acreedor tener que entenderse con todos los herederos que con una sola representación de toda la herencia.

574—Respecto de la seguridad que haya de darse, se establece ya con claridad (193 Dec. de Ref. núm. 272) que será la misma que aseguraba el crédito, es decir, que quedará subsistente la que había; y que si éste no estaba garantido, será la que designe el Juez,

si no hubiere convenio entre los interesados, á no ser que el acreedor esté sujeto á tutela, caso en que debe garantirse con hipoteca, previa autorización judicial (1068 C. y 1062 del Código, modificado en ésta reforma). Se exceptúa solo el caso del menor en que, para mayor seguridad de su acción, se asegura con hipoteca, previa autorización del Juez, para que haya una calificación competente de su oportunidad y alcance.

III.

575—La partición puede hacerse por el dueño mismo de los bienes, por acto entre vivos ó en testamento (188 Dec. de Ref. núm. 272): por los mismos herederos ó por el albacea á cuyo cargo está hacerla, inmediatamente después de aprobado el inventario y la cuenta de administración (1013 C. y 1388 C. pr.); ó por el Contador partidor que, en falta del albacea, nombren los herederos; y en subsidio, el Juez (1389 C. pr).

576—El Código establecía que el dueño de los bienes que tuviera herederos forzosos, podía hacer la partición por acto entre vivos, siempre que los herederos fueran mayores y la aceptaran expresamente: que se redujera á escritura pública y de hecho recibiera cada uno de ellos los bienes que le correspondieran (1027 C.): que el dueño podía reservarse la parte que era de libre disposición, sobre la cual, lo mismo que sobre lo demás que adquiriera después de la partición, no tendrían derecho los herederos forzosos, sino en caso de intestado (1028 C.): que cuando

los herederos no fueran forzosos se observara lo dispuesto para las donaciones entre vivos (1029 C.); y que, hecha la partición por última voluntad, había de cumplirse en cuanto no perjudicara la legítima de los herederos forzosos (1030 C).

577—Suprimida la herencia forzosa, y establecida la libertad de testar, sin otra restricción que la de lo que se deba por alimentos, por Decreto de Abril de 1881, ó sea, por el art. 158 del Dec. de Ref. núm. 272, han quedado insubsistentes y sin objeto tales disposiciones. El dueño de los bienes puede disponer de ellos como le parezca, bien sea entre sus descendientes ó ascendientes, bien sea entre extraños; y su voluntad, cuando conste legalmente, se debe cumplir, salvo en lo que perjudique el derecho de alimentos, únicos á los que da la ley el carácter de forzosos (188 Dec. de Ref. núm. 272). Con esta sola restricción, la partición hecha por el dueño de los bienes, en testamento ó por acto entre vivos, se ha de respetar.

578—En la partición que hagan el albacea ó contadores, deben, para la liquidación, observarse las reglas siguientes:

1.ª—Se liquidará la sociedad conyugal, si hubiere sido casada la persona cuyos bienes van á dividirse, haciendo, para el efecto, previa deducción de las deudas que, conforme á derecho, disminuyen ese haber.

2.ª—Se sacará en seguida, la parte que corresponda al cónyuge sobreviviente, conforme á las capitulaciones matrimoniales y á las disposiciones que arreglan los bienes dotales y la sociedad legal.

3.ª—Se sacará, para hacer el correspondiente pago, el importe de las deudas de la persona cuyos bienes se van á dividir, y que sean exclusivas de ella

(991 C.), así como las que, respecto de esos bienes, se hayan contraido durante la proindivisión; y será el resto, pagadas las deudas, la masa hereditaria divisible entre los que tienen derecho á ella.

4. a —Se deducirá el importe de los legados, y lo que quede, será el caudal hereditario que se distribuirá entre los herederos, proporcionalmente al derecho que representen, en la sucesión intestada; ó conforme á las disposiciones del testador, en la sucesión testamentaria (1033 y 1051 C).

579—Es de advertir que se deducen del fondo común ó masa hereditaria, como baja general, los gastos de funeral y lutos (992 C.) y los gastos de la partición, tales como los de inventarios, avalúos y honorarios del partidor (1072 C). Los que se hacen por el interés particular de alguno de los herederos ó legatarios, se imputan á su haber respectivo, pues no redundan en beneficio de todos. Es de advertir también que acrecen el haber hereditario las rentas y frutos que alguno de los coherederos haya percibido de los bienes hereditarios, los cuales se imputarán en su haber, al que los percibió; siendo también abonables recíprocamente entre ellos, los gastos útiles y necesarios, y los daños ocasionados por malicia ó negligencia (1050 C).

IV.

580—Determinado en la liquidación lo que corresponde á cada uno de los partícipes en la herencia, se hace la adjudicación, ó sea *la aplicación ó señalamiento de los bienes hereditarios con que debe hacer-*

se pago á los herederos. En la adjudicación, deben observarse las reglas que siguen:

1.ª—Si el testador designó la cosa en que había de consistir la porción hereditaria ó legado, esa será la que se entregue, sea cual fuere, salvos únicamente los derechos á alimentos que, por tal adjudicación, puedan perjudicarse.

2.ª—Si el testador se limitó á decir que la porción de alguno de los herederos se pagara en tal ó cual cosa, sin hacer consistir en su importe la herencia, también se observará estrictamente su voluntad, adjudicándola al heredero designado; pero como su intención fué que recibiese lo correspondiente á la porción hereditaria que le tocara, se anotará el exceso ó defecto del precio de la cosa designada sobre el importe de su porción, para que se haga el completo ó el reintegro oportuno (1.ª 1035 C).

3.ª—Si la sucesión es intestada, ó el testador no señaló bienes determinados adjudicables á cada uno de los herederos, deberán incluirse en cada porción, en cuanto fuere posible, bienes de la misma especie (2.ª 1035 C). Esto es lo mismo que expresan los tratadistas respecto á que cada partícipe tenga de lo bueno, de lo mediano y de lo malo; porque la base fundamental es la de que se guarde, en cuanto quepa, la más rigurosa igualdad.

4.ª—Si los inmuebles de la herencia que se adjudica, tienen algunos gravámenes, deben especificarse, puntualizando el modo de redimirlos ó dividirlos entre los herederos, para evitar ulteriores cuestiones (3.ª 1035 C).

5.ª—Si hay algunos bienes que son indivisibles, ó que han de desmerecer mucho por la división; lo

cual, en caso de cuestión, se decide por el Juez, oyendo á expertos (1043 C.), podrán adjudicarse á alguno de los herederos, á condición de abonar á los otros, en dinero, el exceso de su precio sobre el monto de su porción hereditaria (1039 C).

6.ª—En todo lo demás, se atenderá á los principios de equidad, á fin de que la adjudicación sea lo más proporcionada y conveniente á los interesados en la partición.

581—Si los herederos y legatarios quedan conformes con la adjudicación, se les entregan los bienes que respectivamente se les han designado, así como también los títulos que acrediten la propiedad ó el derecho adjudicado (1056 C.), del cual ya son ellos los dueños en lo sucesivo (1401 C. pr). Si la partición hubiere sido extrajudicial, el escribano pondrá en cada instrumento, notas expresivas de la adjudicación hecha al heredero ó legatario de cosa cierta, de parte alícuota ó de cantidad determinada (1402 C. pr.), á quien se haya designado por la adjudicación.

582—Cuando en un mismo título estén comprendidas fincas adjudicadas á diversos coherederos; ó una sola, pero dividida entre dos ó más, el título hereditario quedará en poder del que tenga representado mayor interés en la finca; dándose á los otros, á costa del caudal hereditario, copias fehacientes (1057 C.), y la entrega se hará constar, á costa del mismo caudal, en el título y en los protocolos respectivos (1060 C). Si todos los interesados tuvieren igual porción en las fincas, el título, en falta de convenio, quedará en poder del que designe el Juez; observándose, por lo demás, lo que ya se ha dicho en cuanto á copias (1059 C.); y debiendo notarse que, en todo caso, si el

título fuere original, aquel en cuyo poder quedare, deberá exhibirlo á los demás interesados, cuando les fuere necesario (1058 C. y 3.° 264 C. pr).

V.

583—Puede ocurrir que los herederos no estén conformes con la adjudicación; y su oposición puede tener por causa que todos quieran, ó que todos rehusen una misma cosa; ó que no estén de acuerdo respecto á las cosas que no admiten cómoda división. La ley explica cuál es el procedimiento que debe seguirse en tales casos.

584—Si la dificultad procede de que varios herederos pretenden una misma cosa de la herencia, se licitará entre ellos, adjudicándose al que diere más; y el exceso sobre el precio del avalúo entrará al fondo común para aumentar el haber hereditario divisible (1047 C.), modificándose la partición únicamente respecto á la diferencia (1042 C).

585—Si proviene de que todos rehusan recibir una cosa (1048 C.); ó de que habiendo alguna que no admite división cómoda, no se convienen los herederos en usufructuarla en común, ó en otra manera de pago, se procede á su venta, y se preferirá al heredero que haga mejor postura (1040 C.), en el concepto de que, si hubiere menores interesados, ó algún heredero lo pide, la venta se hace en pública subasta, y admitiendo licitadores extraños (1041 C). Si, verificadas tres almonedas, no hubiere postor, se sortearán los bienes; y al que designe la suerte, se adjudicarán por la

mitad de su avalúo (1044 C.); pero cualquiera de los herederos puede, áun después de sortearse la cosa, pero ántes de que haya sido entregada, porque entonces naturalmente ha concluido toda reclamación, evitar esa adjudicación por la mitad, haciendo una mejor postura; y áun se abrirá la licitación si hubiere varios pretendientes (1049 C). La cantidad que debe ofrecerse y el tiempo en que se ha de hacer, son los mismos que se fijan para la apertura de remate (191 Dec. de Ref. núm. 272, 997 C. pr. y 222 Dec. de Ref. número 273).

586—Cuando se haga la adjudicación por la mitad del precio, si su importe excede de la porción que corresponde al heredero á quien se adjudicó, éste reconocerá el exceso, salvo convenio en otro sentido, durante seis años al 6 p§, con hipoteca de la cosa misma, y á favor de la persona á quien ésta se había adjudicado en la partición (1045 C). Si por el contrario, la mitad del precio no cubre la porción del heredero á quien se adjudica, y no pudiere completarse con otros bienes, la diferencia quedará reconociéndose á su favor, sobre otro inmueble, en los términos expuestos para el caso anterior (1046 C).

VI.

587—La acción para pedir la partición de herencia contra el coheredero que ha poseído el todo ó parte de ésta en nombre propio, prescribe á los diez años contados desde el día en que falleció el causante de la herencia, si desde entonces comenzó la posesión en

ese sentido (194 Dec. de Ref. núm. 272 y 1066 C).

588—Según se ha hecho notar en otra parte, el término de veinte años que fijaba el Código, no guardaba armonía con los términos generales establecidos para la prescripción de las acciones, y por eso en la reforma se redujo á diez. Se necesita para que haya prescripción, que el coheredero haya poseído á nombre propio, porque si todos poseén en común la herencia, ó uno en nombre de todos, la prescripción no puede tener cabida, como que no se ha dejado de poseer (1065 C).

PARRAFO SEGUNDO.

DE LA COLACIÓN DE BIENES.

589—Se llama colación *la reposición ó restitución que los descendientes, herederos, deben hacer á la masa hereditaria, de lo que han recibido por cualquier título, del ascendiente ó descendiente á quien heredan* (993 C). Tiene pues, por objeto la colación, consultar en la partición, la igualdad entre los herederos, igualdad que debe guardarse siempre que el autor de la herencia, en uso de su derecho y con tal que respete las porciones alimenticias debidas, no haya dispuesto otra cosa. Por medio de la colación, que no es sin embargo, la restitución material de la cosa, sino la imputación de su valor en la cuenta del heredero que la recibió, se destruyen las diferencias que resultarían del hecho de que unos herederos hubieran

recibido algo de su causante ántes de su muerte, y los otros no hubieran recibido nada. En esta materia es conveniente examinar: 1. ○ Quiénes están obligados á colacionar: 2. ○ A favor de quiénes debe hacerse la colación: 3. ○ Cuáles son las cosas colacionables: 4. ○ Cómo se hace la colación; y 5. ○ Cómo se adjudican los bienes colacionados.

I.

590—Están obligados á la colación de bienes los hijos y descendientes que concurren como herederos (995 C.), de modo que se requiere la reunión de las dos circunstancias, la de ser descendientes y la de ser llamados á heredar. En consecuencia, los nietos cuyo padre está vivo, y á quien por lo mismo no pueden representar, no están obligados á llevar á colación lo que les haya dado el abuelo á quien heredan; pero los nietos que, en representación de sus padres, heredan á sus abuelos, deben traer á colación lo que hubieren recibido sus padres (996 C.); y eso, aun cuando hayan renunciado la herencia de éstos.

591—Con tal que la persona esté llamada á heredar, debe traer á colación lo que hubiere recibido, aunque renuncie la herencia (998 C.); y al decir que debe traerlo á colación, debe entenderse que está obligada á devolver á la masa hereditaria el exceso que haya sobre lo que por su haber le corresponda (185 Dec. de Ref. núm. 272). Si así no se estableciera, el heredero que viese que tenía recibida anticipadamente una suma mayor de la que en la distribución de la

herencia había de corresponderle, renunciaría á ésta desde luego; con lo cual perjudicaría á sus coherederos y se infringiría además la prohibición de aceptar una parte de la herencia (861 C.) y renunciar á la otra.

II.

592—La colación debe hacerse exclusivamente á favor de los coherederos, puesto que su objeto es consultar la igualdad de la partición entre ellos; de suerte que no se aprovecharán de ella los legatarios, así como tampoco están obligados á colacionar (997 C). Por consiguiente, si el testador lega á una persona una parte alícuota de sus bienes, la décima por ejemplo, solo se tomará sobre el valor de los existentes en su poder al tiempo de su muerte, y nó sobre el de todos los que los herederos puedan llevar á colación, porque se entiende que el testador no tomó en consideración más que lo que realmente se hallaba en su patrimonio. Por consiguiente también, solo con los bienes existentes y nó con los colacionados, han de pagarse las deudas del testador, entendiéndose, por supuesto, que los bienes colacionables se dieron antes de que la deuda se contrajese. De ese modo, el acreedor no puede quejarse, porque los bienes colacionables no estaban en el patrimonio de su deudor al constituirse la deuda, de suerte que nunca contó con esa garantía. Si los bienes colacionables fueron dados con posterioridad á la deuda, entonces tiene el acreedor el derecho de rescindir esas enagenaciones gratuitas, en virtud del principio general que le autoriza

para hacer rescindir como fraudulentas, las que hace el deudor en estado de insolvencia (2361 C). Y si la finca estaba hipotecada, es indudable que pasó al heredero con el gravamen real que tenía, de modo que el acreedor puede perseguirla (2018 y 2019 C).

III.

593—Es colacionable todo lo que los hijos y descendientes hayan recibido de sus padres ó ascendientes, por cualquier título, en dinero, en bienes muebles ó en raíces (993 C). Al decir por cualquier título, se sobreentiende, con tal que sea lucrativo, pues si fuera oneroso, y el hijo ha dado ya el equivalente, nada hay que exigirle; y si no lo hubiere dado todavía, las acciones contra él son las mismas que procederían contra un deudor extraño.

594—Las excepciones al principio de que es colacionable todo lo que los hijos han recibido anticipamente de sus padres, se fundan en la voluntad expresa ó presunta de éstos. Como los padres tienen derecho para disponer de sus bienes según les parezca, con tal que respeten las porciones que deban por alimentos, pueden disponer que un hijo ó descendiente no traiga á colación lo que estaría obligado á colacionar. Por su voluntad presunta, por disposición de la ley y por la obligación impuesta por la naturaleza, no es colacionable lo que se haya gastado en alimentar, educar ó enseñar á los hijos y descendientes alguna profesión, arte ú oficio (994 C.); disposición que no debe extenderse á los gastos grandes y extraordina-

rios dirigidos á producir al hijo ventajas no comunes.

595--Son colacionables los bienes, aunque el heredero los haya enagenado, pues siempre puede tomarse en cuenta su valor (1004 C.); y si por enagenarlos se eximiera de la colación, ningún medio más expedito tendría en su mano para eludir las disposiciones de la ley.

396—Son colacionables también los frutos de los bienes sujetos á colación, incluso el interés legal de los que consisten en dinero, que se hayan producido desde la muerte de la persona á quien se hereda, porque computándose lo principal entre los bienes de la masa hereditaria, deben computarse también los frutos como accesorios, y acumularse al haber general para distribuirse lo mismo que todos los otros bienes. Esta colación se verifica áun cuando los frutos hayan sido consumidos por el heredero responsable, ó aunque hubiera enagenado los bienes que lo producen, porque ya se ha visto que la enagenación no excluye la obligación de colacionar (1008 y 1009 C). Solo se colacionan los frutos producidos después de la muerte de la persona á quien se hereda, porque antes, los tiene en carácter de dueño (1007 C.); y si el poseedor de ellos debiera restituir todos los frutos antes percibidos, y cargársele en junto lo que hubiera ido percibiendo sucesivamente con auxilio de su industria, lejos de favorecerle en algo la anticipación, le sería gravosa y perjudicial.

IV.

597—Respecto de la manera en que debe hacerse

la colación, el Código establecía diferentes principios, no siempre congruentes, según las diversas clases de bienes. Así es que en la colación de los muebles y semovientes se consideraba el valor que tenían al tiempo que los recibió el heredero (1003 C.), mientras que en la de los bienes inmuebles solo se hacía así si al recibirlos habían sido justipreciados (999 C.); y si no lo habían sido, se atendía al valor actual que tuvieran (1000 C).

598—Acerca de las mejoras ó deterioros que habían tenido los bienes colacionables, se imputaban exclusivamente al heredero, si provenían de hecho suyo, esto es, si el aumento provenía de su industria, ó el desmejoramiento de su culpa ó negligencia (1001 y 1002 C).

599—Si las mejoras ó deterioro de los raíces que debían colacionarse por su valor actual, por no haberse justipreciado al entregarse, hubieran resultado solo del tiempo ó de otra circunstancia, y no eran obra del poseedor de los bienes, no se le imputaban exclusivamente (1000 C.); y si se habían perdido ó destruido completamente los bienes raíces, por caso fortuito y sin culpa del heredero, tenía que traerlos á colación (1006 C). Como esta disposición se refería exclusivamente á los bienes raíces, no era aplicable á los muebles, de modo que éstos habrían de colacionarse aunque se hubieran destruido por caso fortuito y sin culpa del heredero. No se descubría razón filosófica y fundada para ésta distinción, y parecía mucho mejor sin duda, para uniformar los principios, y puesto que lo donado con anticipación, del haber hereditario, se enagena en el que lo recibe, sustituir todas esas diferentes disposiciones con una sola que ex-

presara que la colación de toda clase de bienes debería hacerse, considerando el valor que tuvieran cuando los recibió el heredero: que si no se hubieran justipreciado al entregarse al hijo ó descendiente, se colacionarían por su valor actual; y que el aumento ó deterioro posterior, procedente de cualquier causa, y áun su pérdida total, casual ó culpable, corresponderían al heredero que los hubiera recibido. De esta suerte, quedaría establecido un principio tan sencillo y claro como justo, que podría aplicarse con uniformidad y sin inconvenientes, á todos los casos.

600—Así trató de hacerse en el Dec. núm. 272 que reformó el Código Civil. Quedaron suprimidos los artículos 1001, 1002, 1003, 1004, 1005 y 1006 del Cód. (184 Dec. cit.): quedó establecido como principio general, aplicable á todos los bienes colacionables, que la colación se hace, considerando el valor que tenían cuando los recibió el heredero; y si no se justipreciaron, lo cual debe imputarse á éste, puesto que podía pedirlo para no gravarse con una obligación mayor, se colacionan por su valor actual. Quedó establecido también como principio general, que una vez entregados los bienes al heredero, corresponden á él exclusivamente los aumentos, así como la pérdida ó deterioro que, por cualquier motivo, hayan sufrido (182 y 183 Dec. cit.); de modo que es indiferente que el beneficio ó pérdida provenga de la naturaleza, de la industria, de dolo ó culpa, ó de accidente fortuito.

V.

601—Antes se ha dicho que la colación no es forzosamente la restitución material de los bienes colacionables, porque generalmente no es más que la manifestación ó imputación de su valor para establecer, en consecuencia, lo que todavía deba percibir el heredero, ó lo que deba restituir. Así es que los bienes traídos á colación por alguno, se le imputan y adjudican definitivamente en pago de su haber (185 Dec. cit.), completándole lo que le falte; y si tales bienes excedieren de su haber, tendrá que restituir el exceso á la masa hereditaria, á menos que el padre haya dispuesto otra cosa, salvando siempre lo que se debe por alimentos (186 Dec. cit).

PARRAFO TERCERO.

DE LOS EFECTOS DE LA PARTICIÓN.

602—La partición tiene por objeto hacer cesar la comunidad, y que cada uno de los coherederos sea dueño absoluto de lo que le corresponda. Es por consiguiente, efecto inmediato y natural de la partición legalmente hecha, conferir á cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le han tocado en la repartición (1073 C).

603—Dueños todos los herederos en común, puede considerarse que enagenan á cada partícipe la cosa ó cosas que se le asignan; de suerte que hay entre los coherederos una permuta en que cada uno cede el derecho que tiene en las cosas que se adjudican á los demás, en cambio del derecho que le ceden en las que él recibe; y en ese concepto, y para mantener la proporción indispensable para la justicia de las particiones, están todos recíprocamente obligados á indemnizar debidamente en caso de evicción de los objetos repartidos (1. ° 130 Dec. de Ref. núm, 272 y 1074 C). Siempre pues, que alguno de los coherederos haya perdido judicialmente, por causas anteriores á la partición, alguna de las cosas que se le adjudicaron, tiene, por regla general, derecho de exigir de sus coherederos su valor, y el de los daños, perjuicios y gastos; y ellos están obligados á indemnizarle en proporción á sus cuotas hereditarias, pues el coheredero no puede quedar obligado sino en la misma proporción en que heredó (1076 C).

604—Acerca del saneamiento en materia de partición, ha de tenerse presente: 1. ° que lo que ha de pagarse al coheredero que pierda su parte por evicción, no será lo que represente íntegramente el haber primitivo que se le adjudicó, porque esto equivaldría á tener como íntegro el primitivo caudal que, de hecho, quedó cercenado con la parte perdida, sino lo que le corresponda, deduciendo del total de la herencia la parte perdida (1077 C). En una palabra, debe suponerse para este efecto, que la pérdida por evicción ocurrió antes de que la partición se hiciera; y como esa pérdida afectaría y disminuiría toda la masa hereditaria, disminuyendo en consecuencia la porción

de cada partícipe, ese mismo resultado ha de buscarse que produzca después, para que se conserven las bases de igualdad y de justicia. De lo contrario, el que hubiera sufrido la pérdida quedaría de mejor condición que todos los otros, pues equivaldría á exceptuarlo á él de tener su parte proporcional en la pérdida. Así pues, si lo distribuido eran cinco mil pesos entre cinco herederos, y uno de ellos perdió por evicción su parte; como el total perdido debe distribuirse entre los cinco, lo que sus coherederos han de indemnizarle por saneamiento, no son mil sino solo ochocientos pesos; y él sufrirá, lo mismo que sufre cada uno de ellos, en su haber respectivo, la pérdida de doscientos.

2. ◦—Si alguno de los coherederos que deben hacer el saneamiento estuviere insolvente, la cuota con que debía contribuir se partirá entre los demás, incluso el que perdió su parte por la evicción (1078 C). En el ejemplo anterior, si fuere insolvente uno de los herederos, los doscientos pesos con que estaba obligado á contribuir á la indemnización, se dividirán, por partes iguales, entre los otros tres y el que pide el saneamiento, de suerte que habiendo de poner cincuenta pesos cada uno de ellos, lo que percibirá de sus coherederos, por razón del insolvente, el que sufrió la pérdida, serán ciento cincuenta pesos, y él soportará la de cincuenta. Esta disposición procede de un principio de equidad natural, pues es más justo que todos los coherederos contribuyan por la insolvencia de uno, que no que pesen sobre uno solo los efectos de ésta, como sucedería si el que sufrió la pérdida no recibiera absolutamente nada de la parte del insolvente; pero es de estricto derecho que los que por éste

han pagado, conserven su acción contra él para cuando mejore de fortuna (1079 C.), ya que debe considerarse que lo que han hecho no es más que un suplemento por él, con calidad de reintegro.

3. ° —Para dar mayor seguridad á cualquiera de los coherederos en el resultado de la acción de saneamiento que intenten, aquel cuyos bienes fueren embargados ó contra quien se pronunciare sentencia en juicio ordinario, por causa de ellos, tiene desde luego derecho de pedir que sus coherederos caucionen la responsabilidad que pueda resultarles; y en caso de no darla, que se les prohiba enagenar los bienes que recibieron (1082 C.), con los que naturalmente tienen que responder por el saneamiento.

605—La regla general, según antes se expuso, es la de la obligación de sanear; pero por excepción, deja de tener efecto en los casos siguientes:

1. ° —Cuando al hacerse la partición entre herederos mayores, se pactó así expresamente (1 ° 1075 C); porque la ley no prohibe, sino que permite, de un modo explícito, que pueda renunciarse el derecho de exigir saneamiento, ó sea de reclamar una indemnización (1585 C).

2. ° —Cuando la evicción proceda de una causa posterior á la partición, ó fuere ocasionada por culpa del que la sufre (2. ° 1075 C.), pues entonces falta, como es evidente, la razón y el motivo que han determinado la procedencia del saneamiento.

3. ° —No tiene lugar tampoco el saneamiento respecto de los créditos incobrables, adjudicados como tales (1081 C.), pues su misma calidad es incompatible con el derecho de hacer responsables á los coherederos porque no se pague lo que figuró en la partición

como crédito que no se pagaría. El artículo del Código decía: *por los créditos incobrables no adjudicados, no hay responsabilidad;* pero desde luego se advierte que era un error la negación que allí estaba agregada. El original de donde se tomó éste artículo, solo dice: *por los créditos incobrables no hay responsabilidad.* El art. 196 del Dec. de Ref. número 272, aclaró este punto, reemplazando el del Código con el siguiente: "*Por los créditos incobrables, adjudicados como tales, no hay responsabilidad.*"

4. ○ --Tampoco procede la acción de saneamiento de un crédito, aunque no se haya renunciado, cuando su pérdida proviene de haberse hecho insolvente el deudor hereditario, con posterioridad á la partición, porque los coherederos solo son responsables si la insolvencia ya existía al tiempo de hacerse la adjudicación (1080 C). Disposiciones análogas, aunque exigiendo el pacto de saneamiento para que procedan, están establecidas respecto de la cesión de créditos en general (1637 y 1638 C). Ningún inconveniente se ofrece si el crédito és exigible desde luego, puesto que entonces la falta de oportuno cobro dependerá de morosidad culpable del coheredero; pero sí podría presentarse alguno, si el crédito tenía plazo, no vencido, y al vencimiento de éste, era insolvente el deudor. Mas, áun para prevenir este caso, tiene el coheredero la facultad de rehusar el crédito, ó de no aceptarlo sino pactándose expresamente el saneamiento por insolvencia al vencerse el plazo para el pago, ya que la ley permite que la obligación de saneamiento pueda ampliarse ó restringirse á voluntad de los contratantes ó interesados (1585 C).

5. ○ —Aunque la ley no lo consigna expresamen-

te, establecida la libertad de testar, es natural que cuando el dueño de los bienes, ordenó, bien haya hecho él mismo la partición, bien se haga después de su muerte, que no hubiera saneamiento, éste no tenga lugar, puesto que siendo enteramente voluntario el nombramiento de heredero, debe reconocérsele la facultad de imponer todas las restricciones y condiciones que le parezca; respetando únicamente lo indispensable para los alimentos de los que tienen derecho de pedirlos.

606—Además de éstos efectos que se refieren á los herederos mismos, hay otros que tienen relación con un tercero, en cuanto á retroventa y servidumbres. Muerto el comprador, no se puede ejercer la retroventa sino contra todos los coherederos mientras esté indivisa la cosa sujeta á ella: hecha la partición, se ejerce contra el adjudicatario (1629 C).

607—Si un predio dominante se divide entre varios, la servidumbre queda á favor de todos y de cada uno, sin que pueda alterarse su forma en perjuicio del sirviente (1301 C).

PARRAFO CUARTO.

DE LA RESCISIÓN DE LAS PARTICIONES.

608—Las particiones, según queda dicho, pueden hacerse judicial y extrajudicialmente. Las particiones hechas extrajudicialmente son verdaderos contratos; y en consecuencia, solo pueden rescindirse en los ca-

sos en que pueden los contratos en general (1083 C). Aunque este artículo habla de rescisión, parece que más bien debiera referirse á nulidad, porque ésta y nó aquella es la que propiamente cabe en la partición (2365 y 2366 C). Las particiones judiciales suponen una resolución judicial que las ha aprobado, y sólo pueden impugnarse en cuanto cabe impugnar esa resolución (1084 C.); así es que, en tiempo, podrán interponerse los recursos que procedan contra una sentencia, según el interés de que se trate; y áun el de casación, en los casos en que puede interponerse contra los demás fallos judiciales (1403 y 1404 C. pr).

609—Por los muchos perjuicios que puede traer rescindir una partición, la preterición ú omisión de alguno de los herederos, solo será causa de rescisión cuando se pruebe que hubo dolo ó mala fe de parte de los otros interesados, que es justo sufran entonces los perjuicios de la rescisión. No habiéndolos, no hay razón para que la partición se rescinda; pero los otros herederos sí tendrán obligación de pagar al preterido la parte que le corresponda, que es lo que en justicia puede pretender (1085 y 1086 C). En este sentido deben entenderse éstos artículos, cuya forma, poco propia, engendraba oscuridad y daba lugar á suponer entre ellos una contradicción que se hizo desaparecer en el Dec. de Ref. núm. 272, refundiéndolos en uno solo (197) concebido en estos términos: "*La partición hecha con preterición de alguno de los herederos, no se rescindirá, á no ser que se pruebe que hubo dolo ó mala fe de parte de los otros interesados; pero sí tendrán los coherederos obligación de pagar al preterido la parte que le corresponde.*"

610—Si no hubo preterición, sino que la partición

se hizo con un heredero falso, es nula en cuanto tenga relación con él y en cuanto su personalidad perjudique á otros interesados (1087 C.), porque respecto de eso hay un verdadero vicio, de consecuencias trascendentales; mas, los demás puntos comprendidos en esa división, que no tengan aquel carácter, no son rescindibles por ese solo hecho (1088 C.), porque en nada puede haber influido la personalidad del heredero; pero eso no obsta á la rescisión que proceda por causa legal diversa.

611—Tampoco es motivo de rescisión de la partición que, hecha ésta, aparezcan algunos bienes omitidos en ella (1089 C). Su insubsistencia sólo serviría para complicar los negocios y abrir la puerta á reclamaciones y pleitos perjudiciales á todos los interesados: el derecho de éstos, lo único que exige es que esos bienes se dividan también, y por eso, en tal caso, según ya se indicó en otro lugar, debe procederse á hacer de ellos una división suplementaria sobre las mismas bases de la principal.

612—Los juicios que tienen por objeto rectificar las particiones de bienes entre herederos, se ventilan en la vía sumaria (inc. 9. ° 1029 C. pr).

TITULO VIGESIMO.

DE LAS SERVIDUMBRES EN GENERAL.

613—La servidumbre, según la definición que da el Código, es *un gravamen impuesto sobre una finca ó*

heredad, en provecho ó para servicio de otra, perteneciente á distinto dueño, y en virtud del cual hay que tolerar ó no hacer alguna cosa (1189 C). Va á tratarse de ésta definición: de los caracteres de la servidumbre y de las divisiones que admite.

I.

614—Es un gravamen, considerado en la finca ó heredad que lo sufre, la cual se llama *predio sirviente*, porque la afecta de un modo directo y es inseparable de ella, limitando en su práctica el derecho de propiedad que su dueño tiene en ella, por lo cual toda servidumbre se considera como una desmembración de las facultades absolutas que comprende su ejercicio. En efecto, el ejercicio del derecho de propiedad es completo y perfecto siempre que no hay ningún derecho extraño que lo impida ó restrinja; y es imperfecto, siempre que existe algún derecho de esa clase. Cualquiera limitación ó restricción viene á producir el efecto de desmembrar, nó la cosa en que se tiene propiedad, pero sí el ejercicio del derecho del propietario en ella; y á éstas desmembraciones principalmente, es á las que se ha dado el nombre de *servidumbres* por la pérdida de la libertad ilimitada del derecho en la propiedad, y por analogía con la pérdida de la libertad de las personas que también se llamaba servidumbre.

615—La situación natural de los predios, las relaciones de vecindad y los intereses de la agricultura,

han hecho necesarias y frecuentes éstas desmembraciones.

616—Considerada la servidumbre en la finca ó heredad en cuyo favor está constituida, y se llama *predio dominante*, es un derecho, correlativo del gravamen de la otra, y es así una de las cosas que se llaman *incorporales*. Debe estar constituida *sobre una finca ó heredad*, porque respecto de las personas no se conciben más que obligaciones personales, de naturaleza y de carácter muy diversos de la servidumbre, como que ésta acompaña siempre á la cosa, mientras las otras ligan solamente á la persona que las ha contraído, y á lo más, á sus sucesores. No podrá constituirse sobre otra servidumbre, porque siempre se supone que hay un derecho de propiedad del que se desmiembran algunos elementos. Y tiene que establecerse *á favor de otra finca ó heredad*, según la definición; mas ésto solo es exacto respecto de las servidumbres llamadas por ésto, *prediales* ó *reales*, y nó respecto de las que se llaman *personales*, como el usufructo, el uso y la habitación en que el gravamen se constituye á favor de una persona, y se consideran verdaderas servidumbres respecto de las fincas que las soportan.

617—La finca á cuyo favor está la servidumbre predial, *ha de ser agena*, ya que de otro modo sería tan imposible concebir la existencia del gravamen, como la deuda de una persona á favor de sí misma. Y se expresa por último, que en virtud de ese gravamen, *hay que tolerar ó no hacer algo*, para determinar en lo que está el objeto de la servidumbre, separándola así de cualquiera otra prestación ó servicio que constituirían ya obligación personal. Puesto que, según se

ha indicado, hay gravámenes reconocidos por la ley como limitaciones del ejercicio del dominio, establecidos en provecho de personas, si bien cuando se habla de servidumbre sin otra especificación, se entiende que se trata de servidumbre real; para que la definición los comprendiera todos, podría ser: *un gravamen impuesto en un inmueble, en virtud del cual su dueño tiene que tolerar ó no hacer algo, en provecho de otra persona, ó para servicio de una finca agena.*

II.

618—Explicado ya lo que es la servidumbre, se hablará de los caracteres que le son esenciales y son consecuencia de su definición.

619—En primer lugar, *la servidumbre no puede consistir en hacer* (1190 C.), por lo mismo que debe pesar sobre la cosa, que no puede sujetarse á obligaciones positivas. El gravamen de hacer algo en provecho de otra persona ó heredad, constituye esencialmente una obligación personal; y la servidumbre, como gravamen, no puede tener nada de personal. Así pues, en virtud de la servidumbre, el dominante sólo podrá exigir, según los casos, que el sirviente se abstenga de hacer algo, ó tolere que él haga; pero no le podrá exigir que él ejecute ningún hecho, á no ser que esté expresamente determinado por la ley, por motivos de interés público; ó por el convenio en que se constituyó la servidumbre (1190 C.); pero en estos casos, la obligación, aunque subordinada en su existencia á la servidumbre, reconoce un origen diferente

del de la misma servidumbre. Con el objeto de que áun así, no haya en la servidumbre nada exclusivamente personal, siempre que el sirviente se ha obligado en el título constitutivo de la servidumbre, á hacer alguna cosa ó á costear alguna obra, se liberta de esa obligación abandonando su predio al dueño dominante (1294 C.); aquella es por razón del predio que posée, y así en cuanto falta esa causa, ya no hay obligación para la persona. No será demás advertir aquí que ha sido un punto cuestionado el de, si en éste caso, el abandono ha de ser de todo el predio sirviente, ó solamente de la parte en que se ejerce la servidumbre. Esta cuestión, en principios, deberá interpretarse y resolverse por lo que aparezca que es la intención común de las partes: si atravesando por una finca que vale $ 50.000 se concede paso, con obligación de conservar el camino, y por ésta servidumbre se han recibido $ 1.000, no cabe admitir que la intención común haya sido que el sirviente, para exonerarse de esa obligación, tuviera que abandonar toda la finca al dominante; pero si la servidumbre es de pastar los ganados en los campos vecinos, con obligación de regarlos ó resembrarlos; como ésta se ejerce en todo el campo, para libertarse de la obligación, se requerirá el abandono de todo él. Estas distinciones no pueden sostenerse, sin embargo, en presencia de los términos del artículo del Código: éste menciona expresamente el abandono que haga el sirviente de su predio, es decir, de todo él, adoptando así la razón de que la servidumbre pesa habitualmente sobre toda la finca, aunque su uso ó ejercicio actual se concrete á lugar determinado para que sea menos gravosa. Quiere decir pues, que, de hecho, el abandono no se veri-

ficará sino cuando el valor del predio sirviente sea tan pequeño que no exceda siquiera de lo que importan los gastos que imponga la obligación personal, pues en los demás casos, el dueño preferirá conservarlo.

620—Otro de los caracteres de la servidumbre es el de *ser inseparable de la finca á que activa ó pasivamente pertenece* (1197 C.); lo cual tiene lugar, pasivamente, en todas las servidumbres; y activamente, en todas las reales. Esto es una consecuencia necesaria del carácter de gravamen real que pasivamente tiene la servidumbre; y del de derecho real que activamente tiene: la servidumbre afecta la finca gravada, y está constituida para provecho y servicio de otra finca: aunque se cambien los dueños de la una ó de la otra, continúan, ya activamente, ya pasivamente, en el predio ú objeto en que estaban constituidas, como una cosa corporal inherente á ella, hasta que legalmente se extingan (1198 C.): forman una modificación, una manera de ser de los predios que las tienen en contra, ó á su favor, y los acompañan siempre. De esto se deduce que las servidumbres reales no pueden enagenarse ni hipotecarse (4.° 2024 C.) sino con el predio dominante, en cuanto constituyen parte de él; y que tampoco pueden embargarse, á no ser que se embargue el fundo á favor del cual están constituidas, y como parte de él (197 Dec. de Ref. núm. 272). Trasmitiéndose la servidumbre, pasivamente, á cualquier comprador del predio que la soporta, cuando la finca vendida resultare gravada con servidumbres que no están de manifiesto, y de las que no se dió noticia al tiempo de contratar, puede el comprador, si no prefiere el saneamiento, pedir la rescisión del contrato cuando sean de tanta importancia que se pueda presumir que

conociéndolas, no hubiera comprado (1595 C). Finalmente, cuando una acción judicial versa sobre servidumbres, es Juez competente el del lugar donde está el predio gravado, como que aquellas son accesorias é inseparables de él (2.° 88 C. pr).

621—Es también carácter esencial de las servidumbres, el de ser *indivisibles*. Como gravámenes, pasivamente; y como derechos, activamente, no son susceptibles de división ó fraccionamiento, no pudiendo imaginarse la mitad ó la cuarta parte de una servidumbre de no levantar más alto, de luces y vistas, de cargas sobre la pared, etc. Esto no quiere decir que el ejercicio de una servidumbre no pueda ser más ó menos limitado: la servidumbre de paso podrá constituirse sólo para transitar á pié, ó para transitar en carros: la servidumbre de ventanas, para abrir una sola ó para abrir muchas; pero concretando el gravamen á los modos ó restricciones con que haya de ejercerse la servidumbre, ese gravamen es indivisible como cosa incorporal. En consecuencia, si el predio sirviente se divide entre muchos dueños, la servidumbre no se modifica, y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponde; y si es el predio dominante el que se divide entre muchos, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, porque queda á favor de todos y de cada uno, con tal que no se varíe el lugar de su uso, ni se agrave de otra manera, ya que el sirviente no puede ser perjudicado por el hecho de la división del predio dominante, en el cual no ha tenido parte. Así es que los nuevos dueños del predio que goza de una servidumbre de tránsito, no pueden exigir que se altere la dirección, forma, calidad ó anchura de la senda ó camino

destinado á ella. Se exceptúa el caso en que la servidumbre estuviere establecida expresamente á favor de una de las partes del dominante, que entonces solo el dueño de esta parte podrá continuar disfrutándola, pues que de otro modo se agravaría, alterando el estado de cosas existente (1199 y 1301 C). Y recuérdese aquí que la servidumbre, como derecho incorporal indivisible, no se presta á verdadera posesión; su ejercicio constituye, para el uso de las acciones posesorias, lo que se llama *cuasi-posesión.*

III.

622—Expuestos los caracteres de las servidumbres, corresponde examinar las divisiones que de ellas se hacen, y son: en *contínuas* y *discontínuas*, *aparentes y no aparentes; reales y personales; afirmativas y negativas; rústicas y urbanas; convencionales y legales.*

623–Contínuas son *aquellas servidumbres cuyo uso es ó puede ser incesante, sin intervención de ningún hecho del hombre* (1193 C.): tales son, por ejemplo, la de apoyar la viga en pared del vecino, y otras de igual género en que el uso es contínuo: las de desagües pluviales y otras análogas en las que, aunque el uso no es contínuo, puede serlo porque el predio sirviente tiene que recibir las goteras siempre que llueva. No es necesario por tanto, para la continuidad de una servidumbre que se ejercite sin interrupción; basta que su uso sea siempre posible sin necesidad de hecho actual del hombre. Son discontínuas, por el

contrario, *aquellas cuyo uso necesita de algún hecho actual del hombre, aunque se ejerzan con intervalos más ó menos largos de tiempo* (1194 C.), como la servidumbre de paso y otras de la misma especie. La servidumbre de paso no se ejercita sin el hecho de los que pasan: faltando ese hecho, el camino de nada sirve, á diferencia de la servidumbre de goteras, por ejemplo, que se ejerce sin ese hecho, por solo la naturaleza. Esta división tiene frecuentes aplicaciones en la materia, porque no se adquieren por los mismos medios (1285 C. y 224 Dec. de Ref. núm. 272); ni se pierden tomando siempre para la prescripción el mismo punto de partida (225 Dec. de Ref. núm. 272).

624—Servidumbres aparentes son *las que se anuncian por obras ó signos exteriores*, como una puerta, una ventana, un cauce ú otros semejantes, que están á la vista, y se han dispuesto para su uso y aprovechamiento (1195 C.); y son no aparentes *las que no presentan señal exterior de su existencia*, por la cual sean conocidas, como la servidumbre de no levantar más alto (1196 C). Esta división es atendible por las mismas razones que la anterior: la condición de aparente ó no aparente de una servidumbre, puede ser origen de modos diversos para su adquisición y para su pérdida (1285 C., 224 y 225 Dec. de Ref. número 272). No deben confundirse la servidumbre contínua con la aparente, y la discontínua con la no aparente; porque, aunque generalmente son aparentes todas las discontínuas, las contínuas pueden ser aparentes ó no aparentes. Así, la servidumbre de acueducto es contínua y es aparente, mientras que la de no levantar más alto es contínua también, pero no aparente.

625—Divídense así mismo las servidumbres en rea-

les y personales. *Reales* ó *prediales* se han llamado *las impuestas sobre un predio á favor de otro, ageno;* y *personales, las impuestas sobre un predio;* porque ésto es siempre esencial, pero *á favor de otra persona*, que no sea el propietario: tales son el usufructo, el uso y la habitación. El Código nuestro no hace mención de esa división; pero ese silencio no puede significar que esté proscrita, ya que á continuación de las servidumbres reales, reglamenta el usufructo, uso y habitación, y les atribuye el carácter distintivo de las servidumbres (1311 C). Esencial es que sean siempre un gravamen real, ésto es que afecten la finca y nunca la persona; pero no es igualmente esencial que sean á favor de otro predio; y el usufructo, el uso y la habitación son verdaderas desmembraciones en el ejercicio del derecho de propiedad constituidas á favor de una persona. Sin embargo, según antes se hizo ya notar, siempre que se trata de servidumbres, sin otra especificación, se entiende que son reales; y debe observarse que, aunque las personales están sujetas á la generalidad de las reglas de las otras, tienen algunas disposiciones que les son especiales, diferenciándose también en los modos de adquisición (1378 C). Algunos Códigos que establecen terminantemente que las servidumbres son siempre reales, consideran el usufructo, el uso y la habitación como derechos reales sobre las cosas, pero en el fondo, ésto no afecta más que la denominación.

626—Algunos clasifican además las servidumbres, en *afirmativas* y *negativas*. Las primeras son *aquellas en que el dueño del sirviente tiene que sufrir que se haga algo en él;* y en consecuencia, hay actos positivos del dominante para ejercitar la servidum-

bre: tal es la de paso; y negativas, *aquellas en que el sirviente no tiene que hacer más que abstenerse de ejecutar ciertos actos en la propiedad*, actos que podría hacer si su derecho no estuviera restringido: tal es la de no levantar más alto. En virtud de ella, el dominante no puede ejecutar acto alguno en el sirviente, y la obligación de éste es puramente negativa, ó sea, de abstenerse de levantar más allá de cierta altura. Todas las servidumbres negativas son, por lo mismo, no aparentes; y aparentes por el contrario, todas las afirmativas; porque el ejercicio positivo se manifiesta por alguna señal exterior. Si tiene pues, alguna importancia esta clasificación, será la misma que tenga por sí, la hecha en aperentes y no aparentes.

627.—División que fué de mucha importancia en el Derecho romano y en el español, es la de rústicas y urbanas, porque no se adquirían ni se perdían del mismo modo, ni los términos y requisitos de la prescripción eran los mismos: por razón de esa importancia, había frecuentes disputas acerca de la explicación de lo que debía constituir la diferencia sustancial entre unas y otras. Hoy están equiparadas en todos sus efectos: ninguna disposición especial las rige por la sola consideración de ser rústicas ó urbanas; y se llaman rústicas ó rurales, *las que se constituyen para la subsistencia, comodidad y usos de un predio rústico ú objeto agrícola;* y urbanas, *las constituidas para la subsistencia ó comodidad de un edificio ó del objeto á que está destinado* (1191 C). No hay que atender pues, á si la finca está en poblado ó en el campo ni, como parece exigirlo la naturaleza de la servidumbre, á la clase del hecho por el cual la servidumbre subsiste y se ejerce: esto es indiferente, ya

que lo único á que hay que atender es el objeto.

628—Como, en virtud del dominio, todo propietario puede imponer sobre su finca ó heredad cuantas servidumbres tenga por conveniente, con tal que no perjudique al orden público (1280 C.), hay una gran variedad de servidumbres rústicas y de urbanas. Se enumeran más comunmente entre las últimas, las de apoyar una construcción, directamente ó por medio de una ó más vigas, sobre la pared del vecino; la de recibir los desagües de los tejados y azoteas; la de abrir ventanas y balcones sin la distancia y requisitos legales; la de no impedir las luces y vistas; de no levantar más alto, etc. Entre las primeras, se cuentan las de paso, de acueducto, de pastar ganados, de sacar agua, cal, tierra, etc.

629—Por último, las servidumbres pueden ser *convencionales* ó sea *voluntarias* y *legales*. Aquellas, son *las que, con sujeción á las leyes, se constituyen voluntariamente por contrato, por última voluntad ó por prescripción*, de suerte que, sin alguno de estos títulos ó medios de adquisición, no habría obligación de soportarlas (fr. 1.ª 1200 C.); y son legales, *las que se establecen por disposición y ministerio de la ley, sin que, por lo mismo, haya necesidad de convenio ni de prescripción* (1201 C). Hay en efecto, ciertas restricciones del derecho de propiedad impuestas por la misma ley, ya por razón de la situación de los lugares, caso en que sólo se confirma lo que hay en la misma naturaleza, tal como la de que un predio inferior tenga que recibir las aguas que naturalmente descienden del superior; ya por razón de un motivo de interés público, ó de las necesidades y usos comunes de los particulares, ó para favorecer el recíproco inte-

rés de todos. Bien pudiera decirse por lo demás, que propiamente la servidumbre sugiere la idea de un gravamen excepcional fuera del derecho común á todos; y que, por lo mismo, los gravámenes impuestos por la misma ley, á todas las fincas sin distinción, ó por lo menos, á todas aquellas que estén en tales ó cuales condiciones, siendo generales, más bien que servidumbres, son el derecho común de todos los inmuebles.

630—Esta división tiene diferentes aplicaciones. Las servidumbres convencionales se rigen ante todo, por el título constitutivo de ellas; y en su falta, por las reglas establecidas por la ley respecto de los derechos y obligaciones de los dueños de los fundos (1291 C.): las servidumbres legales, y especialmente las establecidas por utilidad pública ó comunal, para mantener expedita la navegación de los ríos y la construcción ó reparación de las vías públicas, y para las demás obras comunales de esta clase, se arreglan y resuelven por leyes y reglamentos especiales (1267 C.): en falta de éstos, por las disposiciones que respecto de ellas especialmente contenga el Código; y por último, por las reglas establecidas para el uso de las convencionales (1202 C).

631—Las servidumbres legales no se extinguen por todos los medios que las convencionales: la renuncia y la prescripción se sujetan á condiciones y términos diferentes (1306, 1307 y 1308 C.);y como no dependen de la convención sino de la ley, afectan áun las propiedades de aquellos que no pueden constituirlas por sí, como los menores, los incapacitados, etc. Va á tratarse especialmente en título separado, de las que se conocen como servidumbres legales.

TITULO VIGESIMO PRIMERO.

DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES.

PARRAFO PRIMERO.

DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE AGUAS.

I.

632—La servidumbre legal de aguas puede tener lugar por tres motivos diferentes: 1.° en cuanto que el uso de las aguas que pertenecen al Estado, bien se haga por alguno de sus individuos como tal, ó en virtud de título particular anterior, está sujeto á las restricciones que exigen la utilidad común y la naturaleza de las necesidades que con ese elemento deben llenarse: 2.° en cuanto que el propietario del agua no puede tampoco impedir que se hagan de ella ciertos usos de utilidad común; y 3.° en cuanto que los predios inferiores deben recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, vienen de los superiores. Del primero de estos casos se ha tratado ya al hablar de las cosas públicas: ahora se tratará de los otros dos.

———

II.

633—En orden al segundo, la ley establece que el propietario del agua, sea cual fuere su título, no podrá impedir el uso de la que sea absolutamente necesaria para el abasto de las personas ó ganados de una posesión ó finca rústica, ni oponerse á las obras indispensables para satisfacer esta necesidad, del modo menos gravoso para él. Tiene sí, como propietario, derecho á indemnización competente, salvo que los habitantes hubieren adquirido el uso del agua por prescripción ó por otro título legal (1214 C. y 217 Dec. de Ref. núm. 272). Esa indemnización debe calcularse por peritos, en caso de desacuerdo; y nó por la ventaja que el agua reporte á los que la usan, sino por el perjuicio que ese uso cause al propietario, puesto que para la indemnización basta que se repare el daño; debiendo aquí notarse que en nuestro Código se da á ésta disposición una latitud que no tiene en otros, extrangeros, y que no será siempre justificable. En éstos, se halla limitada la obligación á los casos en que el uso del agua es indispensable para los habitantes de un pueblo, aldea ó caserío, y el nuestro lo extiende á cualquiera posesión ó finca rústica. De todos modos, no tendrá aplicación sino cuando el uso del agua sea indispensable para satisfacer las necesidades de los habitantes y de los ganados, porque solo esa necesidad puede legitimar el sacrificio que se exige al propietario y la restricción de sus derechos: y no alcanzaría por lo mismo, la alegación de utilidad ó conve-

niencia, por tratarse, por ejemplo, de aguas termales ó medicinales; ó para fomentar grandes trabajos de agricultura ú operaciones industriales.

634—El artículo del Código de que se trata, expresaba que la indemnización no procedería cuando se hubiera adquirido el uso del agua por prescripción ó por otro título legal. Si ésto se refiere á adquisiciones anteriores al Código, como se expresa en las reformas, no se ofrece dificultad: después de él, el uso del agua se adquiere por ministerio de la ley, sin prescripción ni otro título alguno, de suerte que el uso no se ganará por prescripción; pero sí podrá extinguirse por prescripción la obligación de pagar indemnización, si se ha dejado de satisfacerla por el término legal; y entonces, sin necesidad de ella, continuará libre el uso del agua.

III.

635—En cuanto al tercero de los casos de que se hizo mención, la ley no hace más que reconocer y sancionar la existencia de una servidumbre natural, derivada de la situación que tienen los predios. Así pues, declara que los predios inferiores están sujetos á recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, caen de los superiores, así como las piedras y tierra que arrastran en su curso (1203 C). Por la naturaleza misma de las cosas, el dueño del predio más bajo tiene que soportar ese gravamen sin reclamar indemnización alguna, así como puede aprovecharse del beneficio que de ello le resulte por los ele-

mentos de fertilidad que dejen en su terreno; por lo cual, recíprocamente, el dueño del predio superior carece de derecho para reclamar al inferior la piedra y tierra que el curso natural de las aguas haya llevado á su propiedad.

636.—Como lo indica claramente la ley, la servidumbre natural supone que no hay obra del hombre: así es que, si por hecho del dueño del predio superior, y nó por efecto de la naturaleza y situación de los predios, descienden las aguas, piedra ó tierra, no hay obligación de recibirlas; y si, en tal caso, es imposible absolutamente evitar que corran sobre el fundo inferior, el dueño de éste podría exigir competente indemnización. Consecuencia necesaria de la obligación que, por ministerio de la ley, se impone al dueño del fundo inferior, y de proceder esa obligación de la situación natural, es que ni el dueño del predio inferior tiene facultad de hacer obras que impidan la servidumbre, como diques, presas que puedan estancar el agua en el superior ó produzcan corrientes en los terrenos inmediatos, libres de la servidumbre; ni el del superior, obras que la agraven (1204 C.); lo cual, á la vez, no es más que una aplicación particular de los principios generales que, respecto de ese punto, son comunes á todas las servidumbres (1293--1295 C.). Del mismo modo, es claro que el propietario de las aguas no podrá desviar su curso, de suerte que causen daño á un tercero porque rebosen, ó por otro motivo (1216 C.). Sin embargo, como explican Calvo y Segura, tratando de idénticas disposiciones, de aquí no debe inferirse que el dueño del predio superior tenga estricta obligación de no variar jamás de método en el cultivo y explotación de su

terreno por el cambio en la corriente de las aguas sobre el predio inferior: el objeto es prohibir que se dirijan, sobre el predio inferior, aguas que, por la mera disposición del terreno, no habrían llegado, porque equivaldría á crear, por la sola voluntad del dueño del predio superior, una servidumbre. En esta virtud, el dueño de un predio en que existan obras defensivas para contener el agua á fin de que no cause perjuicio, ó en que, por la variación del curso, se necesite construir nuevas, ó si fuere necesario desembarazarlo de las materias cuya acumulación ó caída impide el curso del agua, con daño ó peligro de tercero, está en el deber, si es que las leyes de policía no le han impuesto ya la obligación de hacer tales obras, de hacer las reparaciones ó construcciones; ó bien, de tolerar que, sin perjuicio suyo, las hagan los dueños de los predios que experimenten, ó estén inmediatamente expuestos á experimentar, el daño (1205 1206 C.). Los gastos de ejecución de las obras dichas, deben distribuirse entre todos los propietarios que participan del beneficio proveniente de ellas, en proporción á su interés y según dictamen de expertos. Cuando el daño se haya causado por culpa de alguno ó algunos, éstos serán exclusivamente responsables de todos los gastos (1207 C.)

637.—Mediante la servidumbre legal de que acaba de hablarse, el propietario de un fundo tiene derecho de hacer correr sobre el inferior las aguas que naturalmente vayan á él; pero siendo un derecho, puede no usar de él; así es que teniendo una fuente natural en su fundo, ó habiendo construído en él, para detener sus aguas pluviales, un pozo flotante, algibe ó presa, puede tomar toda el agua y disponer de ella

libremente (1208 C.), sin que se le pueda compeler, generalmente hablando, á dejarla correr sobre el predio vecino. Generalmente hablando, se ha dicho, porque como puede ser el paso del agua sobrante un beneficio para el fundo sobre el que vaya, el dueño de éste puede haber adquirido por algún título convencional ó por prescripción, ese derecho. El término de la prescripción es de cinco años, contados desde que el dueño del predio que recibe las aguas haya terminado en él la construcción de obras destinadas para facilitar la caída ó curso de ellas (215 Dec. de Ref. núm. 272). La ley advierte que siempre es en el concepto de que por la prescripción no queda privado el dueño de la fuente, algibe ó presa, de la facultad de sacar todo el aprovechamiento posible de sus aguas dentro de los límites de su propiedad (1210 C.); pero entendiendo ésto del modo absoluto que suponen los términos en que está concebido el artículo, equivaldría á destruir el derecho adquirido por la prescripción; de manera que tal facultad ha de limitarse en el sentido de que han de quedar siempre aguas sobrantes que pasen; y que los usos, por consiguiente, han de ser tales que no la consuman por completo.

638.—La necesidad de que el dueño del fundo que recibe las aguas haya de terminar la construcción de algunas obras para que comienze la prescripción á su favor, es porque sólo por medio de ellas se demuestra, y se hace conocer al dueño del otro predio, que la caída de las aguas se tiene como un derecho útil que se quiere adquirir; y nó como un gravamen que necesariamente hay que soportar. El Código no decía en cuál de los predios han de construirse las obras: en la reforma de él, se declara que ha de ser

en el predio que recibe las aguas. Por consiguiente, el uso podrá adquirirse por prescripción, no solo por el predio inmediatamente inferior, sino por otros más bajos que éste, con tal que se cumplan las condiciones requeridas; y para que el propietario del agua tenga derecho de oponerse, será preciso que haya interrumpido la prescripción, ó naturalmente impidiendo la caída del agua, ó civilmente demandando al otro para que se declare que las obras construidas por él no le perjudican para la prescripción.

PARRAFO SEGUNDO.

DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE ACUEDUCTOS.

639.—La servidumbre legal de acueductos consiste en el gravamen de dejar pasar en algunos casos, por el terreno propio, el agua de que otro puede disponer. Se halla en efecto, establecido que todo el que, para el riego de sus tierras ó para cualquier otro objeto, quiera usar del agua de que pueda disponer, tiene derecho de hacerla pasar por los fundos intermedios con la obligación de indemnizar á sus dueños, así como á los de los predios inferiores, sobre los que se filtren ó caigan las aguas (1218 C.). Igual derecho asiste al poseedor de un terreno pantanoso que quiera desecarlo ó dar salida, por medio de cauce, á las aguas estancadas (1231 C.). Esta servidumbre tiene bastante semejanza, en sus motivos, con la del paso que, forzosamente y por disposición de la ley, ha de

darse á los dueños de fincas enclavadas entre otras; y puede considerarse como accesoria del derecho de tomar y usar el agua, en virtud del principio de que toda servidumbre contituida supone la concesión de todos los medios necesarios para su ejercicio (1289 C.)

640.—El que pretenda usar del derecho de acueducto, debe llenar préviamente los requisitos que siguen:

1. ° —Justificar que puede disponer del agua que pretende conducir, porque esa prueba es la base para el establecimiento de la servidumbre (1. ° —1226 C.)

2. ° —Acreditar que el paso que solicita es el más conveniente y el menos oneroso para tercero, ó sea el intermediario (2. ° —1226 C.), pues debe tratarse de conciliar los intereses de uno y otro; en el concepto de que, por analogía con la servidumbre de paso, los que tengan que sufrir la de acueducto podrán, en los mismos términos que aquellos, señalar el lugar; y de que, si antes ha habido alguna comunicación entre el predio dominante y otra heredad ó vía pública, el paso del agua solo se podrá exigir por la heredad donde últimamente existió la servidumbre (1230 -1238 á 1243 C.). Es de advertir que el acueducto no puede hacerse pasar por los edificios, sus patios, jardines y demás dependencias (1219 C.), ya que las ventajas y utilidad del dominante no pueden ser atendidas hasta el extremo de causarse á los otros fundos tan notable perjuicio.

3. ° —Pagar el terreno que ha de ocupar el acueducto, según estimación de peritos y un diez por ciento más (3. ° —1226 C.). La indemnización es indispensable porque va á ocuparse terreno ageno, y la servidumbre no llega hasta dar derecho de tomarlo

sin indemnización; sino que queda caracterizada con la obligación de tener que cederlo, pero mediante indemnización previa, como sucede áun en los casos de expropiación por causa de utilidad pública. Para compensar aquí el sacrificio de esa cesión forzosa de una parte del terreno en interés y por ventaja y utilidad de otro, se ha fijado el diez por ciento más sobre el justiprecio de los expertos.

4. ○—Resarcir los daños inmediatos, con inclusión del que resulte por dividirse en dos ó más partes el predio sirviente y por cualquier otro deterioro (4. ○—1226 C). Todo esto lo comprende una cabal y completa indemnización.

641—Si fuere necesario hacer pasar el acueducto por un camino, río ó torrente público, es además requisito indispensable obtener el permiso de la autoridad bajo cuya inspección estén (1223 C.), para que no se perjudique ningún uso de interés público ó comunal; y por eso está prevenido que la autoridad no pueda conceder el permiso sino con entera sujeción á los reglamentos de policía, y obligando al dueño del agua á que la haga pasar de modo que por el tránsito no se impida, estreche ni deteriore el camino, ni se embaraze ó estorbe el curso del río ó torrente (1224 C). Y si alguno, sin haber obtenido este permiso, pasare el agua ó la derramare sobre el camino, quedará obligado á reponer las cosas al estado que tenían y á indemnizar el daño que á cualquiera se cause, sin perjuicio de las penas impuestas por los reglamentos de policía (1225 C.)

642—Obligación del que, cumplidos los requisitos mencionados, usa del derecho de hacer pasar aguas por fundos intermedios, es la de construir en ellos el

canal necesario (1220 C). Esta obligación no deja de existir porque en esos fundos haya canales para el uso de otras aguas, porque la servidumbre no comprende la facultad de servirse de ellos; pero si los dueños ofrecen dar paso á las aguas por el canal que tienen para el curso de las que les pertenecen, y esto no causa perjuicio al otro, pueden impedir la apertura de uno nuevo (1221 C.), porque esto indudablemente sería más oneroso para ellos sin ser indispensable para el ejercicio de la servidumbre. Cuando eso suceda, el que pase así las aguas, puesto que no va á aprovecharse exclusivamente del acueducto, sólo debe pagar, en proporción á la cantidad de éstas, tanto el valor del terreno ocupado por el canal en que se introducen, como los gastos necesarios para su conservación, sin perjuicio de que, si hay que ocupar alguna porción mayor del terreno y hacer otros gastos ocasionados por el paso que se le concede, tenga que pagar la debida indemnización (1227 C.)

643—La cantidad de agua que puede hacerse pasar por acueducto construido en predio ageno, no tiene más limitación que la que resulte de la capacidad que se le haya fijado por las dimensiones convenidas (1228 C). Si el que se sirve de él necesitare después ampliárlo, podrá hacerlo costeando todas las obras necesarias, pagando el précio que fijen expertos al terreno nuevamente ocupado, y un diez por ciento más, é indemnizando todos los daños inmediatos que con ese motivo se causen (1229 C.)

644—Cuando el paso de las aguas tenga que hacerse al través de otros canales y acueductos, debe buscarse el modo que sea más conveniente, en el concepto de que las aguas que por éstos se conducen, no

han de sufrir alteración en su curso ni en su volumen ó cantidad, y de que no han de mezclarse tampoco las de ambos acueductos (1222 C.)

645—Todo el que se aprovecha de un acueducto, ya pase por campo propio, ya por ageno, tiene sobre sí naturalmente la obligación, no solo de construir sino de conservar los puentes, canales, acueductos subterráneos y demás obras necesarias para que no se perjudique el derecho de otro (1233 C). Puesto que él es el aprovechado, le incumben también los gastos necesarios de limpia, construcciones y reparaciones para que el curso del agua no se interrumpa (1235 C.); advirtiéndose que, si fueren varios los que se aprovecharen, deben contribuir en los términos en que hayan convenido; y en falta de convenio, en proporción de su aprovechamiento (1234 C.)

646—Como consecuencia de lo expuesto en esta materia, se halla prevenido que los dueños de establecimientos industriales en que el agua sirva de fuerza motriz, sólo pueden oponerse á una obra nueva, y denunciarla como tal, cuando por ella se embaraze el curso, ó disminuya el volumen ó la fuerza del agua que tienen derecho de disfrutar; y que no se puede denunciar la que se hace reparando ó limpiando los caños y acequias donde se recogen las aguas de un edificio ó heredad, aunque el vecino se tenga por agraviado por el perjuicio del mal olor ó por causa de los materiales que se arrojen en su finca ó en la calle, debiendo sí cuidar los que ejecutan las obras, de no perjudicar (1186—1187—1188 C. pr.)

647—Para terminar esta materia, hay que hacer mérito de que la servidumbre legal de dejar pasar las aguas, lleva consigo como gravamen accesorio, in-

dispensable para su ejercicio, el de permitir el tránsito para las personas y animales y para conducir los materiales necesarios para el uso y reparación del acueducto, así como para el cuidado del agua que por él se conduce, guardándose en orden al lugar por donde debe darse el paso, las disposiciones establecidas particularmente para esa servidumbre (1238—1239—1240 y 1243 C.)

PARRAFO TERCERO.

DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO.

647—La servidumbre predial de paso, consiste en general, en *el gravamen por el cual una finca tiene que tolerar el tránsito, por su terreno, para otra heredad.* Esta servidumbre queda constituida por ministerio de la ley cuando es á favor de una finca ó heredad enclavada entre otras agenas, sin salida ó con salida muy difícil para su explotación, á la vía pública, pues su propietario tiene derecho de exigir, para el aprovechamiento de aquella, paso por las heredades vecinas, sin que los respectivos dueños de éstas puedan reclamar otra cosa que una indemnización equivalente al perjuicio que les ocasione ese gravamen (218 Dec. de Ref. núm. 272.). Justifica el establecimiento de esta servidumbre legal el interés público de que no permanezcan incultos los terrenos susceptibles de producción, por el hecho solo de no tener salida, ó de tenerla muy difícil, sin atravesar

una heredad agena; y mediante ella, queda establecido un verdadero gravamen sobre esta última, porque hay positiva desmembración del derecho de propiedad, y una como expropiación por causa de utilidad pública.

648.—Para que una finca se tenga como enclavada entre otras, no es indispensable que no tenga salida absolutamente sin pasar por una vecina: basta que no pueda salirse de ella del modo que debidamente se requiera, ó de modo en que no sea muy difícil explotarla, v. g: en carros; ó que sea absolutamente impracticable la vía con la cual comunique; pero habiendo paso anterior practicable, lo largo ó poco fácil de éste, no alcanza para autorizar la creación de la servidumbre para tomarlo por otra finca diferente.

649—Proviniendo esta servidumbre, no de la voluntad del dueño de la finca que se atraviesa, sino de disposición de la ley, aquel no puede resistirse á soportar el paso, pero sí tiene derecho de señalar el lugar por donde haya de constituirse la servidumbre (1238 C.), porque si se dejara la elección al dueño del predio dominante es obvio suponer que no trataría de obtener lo puramente necesario, sino de buscar más comodidad, provecho y ventaja, en perjuicio del fundo sirviente. Ese derecho, sin embargo, debe á su vez contenerse naturalmente dentro de sus justos límites, así es que si el Juez califica de impracticable, ó de muy gravoso al predio dominante, el lugar señalado, el dueño del sirviente tiene que designar otro que no tenga esos inconvenientes (1239 C.). Y sí, aun el lugar que se fijó la segunda vez, es calificado de la misma manera que el primero, toca al Juez, para cortar un procedimiento interminable, señalar el que crea más

conveniente, procurando conciliar los intereses de los dos predios (1240 C.). Esto mismo parece que deberá observarse cuando la servidumbre de paso se ha constituido por convenio, pero sin designar en él, el lugar por donde haya de usarse.

650—Pudiendo suceder que haya varios predios por donde pueda darse el paso á la vía pública, se ha declarado, tomando en consideración la mayor rectitud y brevedad del tránsito, que el obligado á la servidumbre será aquel por donde fuere más corta la distancia; y si ésta fuere igual por dos ó más predios, corresponde al Juez, para cortar las cuestiones que con tal motivo pudieran ocasionarse, designar cuál de ellos ha de dar el paso, para lo cual combinará la necesidad del dominante con el menor perjuicio y demás circunstancias de los sirvientes (1241 C.). En todo caso, si hubiere habido antes comunicación entre la finca ó heredad y alguna vía pública, el paso, salvo prescripción, sólo podrá exigirse á la finca por donde últimamente lo hubo (1242C.), porque debe de creerse que es la que se encuentra en condiciones más favorables para prestarlo, y porque el hecho de la existencia del paso da mejor derecho respecto de esa finca que respecto de otra cualquiera.

651—La anchura que deba tener no se determina ni por la voluntad del dueño del predio que sufre la servidumbre, quien siempre se empeñaría en disminuirla, ni tampoco por la del que se aprovecha de ella, que siempre trataría de ampliarla, sino que será la que baste, á juicio del Juez, á las necesidades del predio dominante, no pudiendo exceder de cinco metros ni bajar de dos, sino por convenio de los interesados (1242 C.). Lo mismo se observará cuando se trate de paso esta-

blecido como servidumbre voluntaria, sin haberse determinado su anchura.

652—Se ha dicho antes que el dueño ó dueños de los predios obligados á dar el paso tienen derecho á una indemnización, la cual se calcula por el perjuicio que se le cause al sirviente, y nó por la utilidad que reporte al dominante. Como caso de excepción se admite generalmente, el de que un predio quede enclavado entre otros á consecuencia de la división de un solo fundo, bien por efecto de una partición, ó bien á causa de su enagenación por partes. Entonces no habrá lugar á indemnizar á aquel de los copartícipes ó adquirentes que tenga el lote que da salida á la vía pública, aunque nada se haya consignado expresamente, porque hay que suponer que esa fué necesariamente la intención tácita de las partes, fuera de que entonces la servidumbre proviene de hechos voluntarios que, creando la posición de esos predios, han hecho indispensable la servidumbre.

653—Entre la servidumbre voluntaria de paso que puede verificarse sin necesidad de suponer un predio enclavado entre otros, y la servidumbre legal que forzosamente supone la existencia de esta circunstancia, hay una diferencia. La servidumbre voluntaria no puede, como discontínua, adquirirse por prescripción (1285 C.): la servidumbre legal tampoco puede ganarse por prescripción, pues el derecho existe sin necesidad del lapso del tiempo ni de ningún otro requisito, ya que basta el hecho solo de estar enclavado el predio, de suerte que la misma disposición de la ley constituye el título de la adquisición, y hace que ya no quepa la adquisición ni la pérdida por prescripción, porque aunque dejara de usarse el paso, el derecho

subsiste mientras subsiste el hecho de hallarse enclavada la finca. Pero en la servidumbre legal, la posesión puede servir para fijar el modo de ejercitarla, y determinar el lugar, ya que la ley no lo fija. Si hay pues, varios fundos, y no se ha determinado previamente cuál debe dar el paso, y el dueño de la finca enclavada ha usado, por el tiempo necesario, del paso por cualquiera de ellos, ha adquirido por prescripción el derecho de pasar por él, sin que pueda ya ser compelido á tomar el paso por otro, áun cuando le resultara más corto. Como en los casos ordinarios no hay derecho de pasar por el fundo inmediato, si el paso se permite, se estima simplemente como un servicio entre propietarios vecinos, tan precario y tan poco significativo que no puede fundar prescripción; pero cuando se trata de una finca enclavada, el dueño de aquella por la que se pasa, sabe que hay indispensablemente derecho de pasar por alguna parte, aunque no esté determinado por cual, así es que el paso por su terreno aparece como el ejercicio de un derecho riguroso, cuyo ejercicio, debidamente continuado, produce prescripción.

654—La acción para reclamar la indemnización es prescriptible por el tiempo que prescriben las acciones personales. Hay dos acciones: la una para reclamar contra el ejercicio de la servidumbre mientras no se fije la indemnización; la otra, para reclamar la entrega ó pago de la cantidad fijada por indemnización. El término de la primera empieza á correr el día en que comienza á usarse del paso: el de la segunda, desde la fecha señalada para verificar el pago. Aunque estas acciones prescriban, no cesa por este motivo el paso obtenido, porque hay una razón de necesidad

ó utilidad común para que éste subsista, la cual no desaparece por la negligencia ó morosidad del que no reclama respecto de indemnización, y se le daría por otra parte, el medio de eximirse de la servidumbre con solo dejar pasar el tiempo preciso para que prescribieran las acciones sobre indemnización (1237 C.).

655—Puesto que el establecimiento de esta servidumbre legal descansa en la falta de salida de la heredad enclavada á la vía pública, si después de obtenido el paso, tuviere ya salida, porque se haya hecho algún camino junto á ella, ó porque su dueño haya adquirido alguno de los fundos que la separaban de la vía pública, la servidumbre se extinguirá. Respecto de la indemnización pagada, el propietario de la finca que ya no va á gozar de la servidumbre, podría reclamar una parte proporcionada al mayor ó menor tiempo durante el cual se usó de la servidumbre (219 Dec. de Ref. núm. 272.).

656—El dueño de un predio sujeto á la servidumbre legal de paso, puede librarse de ella por medio de convenio, el cual se entenderá celebrado con la condición de que lo aprueben los dueños de los predios circunvecinos, ó por lo menos, el del predio por donde nuevamente se constituye la servidumbre (1308 inc. 4.° C.)

PARRAFO CUARTO.

DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE MEDIANERIA.

657—La medianería es *la copropiedad, por partes indivisas, de una pared, foso ó cerca que sirve de se-*

paración y límite á dos propiedades contiguas. (220 Dec. de Ref. núm. 272.). Es pues, una comunidad con indivisión forzada.

658.—Se dice que una pared, cerca ú otra especie de medio de división entre dos heredades ó edificios contiguos es medianera, cuando pertenece á ambos por mitad, de suerte que uno y otro pueden aprovecharse de ella para los usos de sus propiedades respectivas. La facultad de usar de ellas constituye el derecho que se llama de *medianería*, la cual sin embargo, no es sinónima de comunidad. La cosa común ó indivisa pertenece, en su totalidad y en cada una de sus partes, á los diferentes partícipes, sin que esté señalada la porción de cada cual: la cosa medianera sólo es común en cuanto que ambas partes ó mitades son inseparables y forman un solo cuerpo; pero, aunque no puede pedirse su división, puede determinarse la porción ó mitad que corresponde á cada uno, que es la que está del lado de su propiedad. Interesados ambos propietarios en la conservación del medio de división entre sus fundos, hay reglas especiales á las que se sujetan sus derechos y obligaciones; pero esto, más que una servidumbre legal, es un modo especial de ejercer el dominio, razón por la que algunos consideran que lo que constituye el carácter de servidumbre es la necesidad de que la pared divisoria se pueda siempre hacer medianera por la voluntad, y mediante la debida indemnización, del vecino que no tiene parte en ella. Esto sin embargo, que es en el fondo un caso de enagenación forzosa ó de expropiación, no se hallaba establecido en el Código nuestro, sino que, apartándose de lo establecido en otros, declaraba (1257 C.) que sólo por convenio podía hacerse medianera la pared que no lo era.

De esa suerte, si la servidumbre legal no dependía de que no pudiera pedirse la división material de las partes de la pared medianera, no se explicaba en qué podía esencialmente consistir; y por eso, el Dec. de Ref. núm. 272, estableció el derecho de hacer medianera la pared divisoria, aún sin el consentimiento del vecino, mediante la debida indemnización (Art. 221). En este párrafo se tratará: 1. ° de la medianería de paredes: 2. ° de la medianería en zanjas ó acequias: 3. ° de los derechos de los medianeros; y 4. ° de sus obligaciones.

I.

659—Respecto de toda pared y cerca divisoria pueden suponerse tres casos: 1. ° que conste que fueron hechas y costeadas por uno solo de los dueños: 2. ° que conste que ambos las hicieron y costearon; y 3. ° que no conste ninguno de esos extremos. En el primer caso, son exclusivamente de aquel que las costeó, mientras no se pruebe que el otro adquirió la medianería por título legal: en el segundo, se tienen como medianeras, mientras no se pruebe la adquisición exclusiva por parte de alguno de ellos; y en el tercero, la presunción legal es de que son medianeras, si no hay signo exterior que demuestre lo contrario; y si lo hay, de que pertenecen exclusivamente al dueño del fundo á cuyo favor está el signo (1246 C.)

660—La presunción de medianería de las paredes ó cercas divisorias de las fincas, deducida de su vecindad ó contigüidad, se funda en que uno y otro pro-

pietario tienen igual interés en cercar, y sacan ventaja de construir y costear entre los dos, una sola pared cuya mitad corresponda con la línea de separación de las dos heredades y ocupe la mitad de suelo de cada uno, para evitar así el gasto inútil y la pérdida de terreno que llevaría consigo, levantar dos paredes, una en el terreno de cada cual.

661—En virtud de esta presunción, en falta de prueba ó de signo exterior contrario á la medianería, se reputan medianeras:

1.° *Las paredes divisorias de los edificios contiguos, hasta el punto común de elevación* (220 Dec. de Ref. núm. 272.). Hasta el punto de la elevación común, los dos propietarios tienen interés en que exista la pared; y en eso se apoya la presunción de que es medianera. Si uno de los dos edificios es menos elevado que el otro, el dueño de aquel no tiene interés en levantar la pared más alto que el edificio que le pertenece: desde el punto pues, en que termina, falta ya la razón de la presunción legal.

2.° *Las paredes divisorias de los jardines ó corrales, situados en poblado ó en el campo* (220 Dec. de Ref. núm 272), *también hasta el punto común de elevación.*

3.° *Las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos* (220 Dec. de Ref. núm. 272). En estos dos últimos casos, se requiere, según la opinión común, para que obre la presunción, que los jardines, corrales y predios rústicos queden completamente cerrados, porque sólo así hay interés común. Si esto se verificara en uno solo de los predios, cesaría la presunción de medianería, y obraría la de que la pared, cerca ó vallado, solo pertenece exclusivamente al

propietario del completamente cerrado.

662—Hay signo exterior contrario á la medianería, y debe, en consecuencia, presumirse que las paredes, cercas, vallados ó setos, pertenecen exclusivamente al dueño de la finca ó heredad á quien favorece el signo exterior, en los casos siguientes (1249 C):

1. ° *Cuando hay ventanas ó huecos abiertos en las paredes divisorias de los edificios* (1248 C.). En pared medianera, como se verá después, no puede el dueño de una de las fincas abrir ventana ni hueco, sin consentimiento del otro, pero sí puede hacerlo en pared que no es medianera sino exclusixamente suya. Por lo mismo, si hay ventanas ó huecos abiertos por uno solo de los propietarios, sin consentimiento ni reclamación del otro, ha de deducirse de ese hecho, mientras lo contrario no se acredite, que no hay medianería.

2. ° *Cuando conocidamente toda la pared, vallado, cerca ó seto están construidos sobre el terreno de una de las fincas, y nó por mitad entre una y otra de las dos contiguas* (2.°-1248 C.)

Uno de los datos que hacen presumir la medianería es que se haya tomado para la pared ó cerca la mitad del terreno de cada uno: si está en suelo de uno solo, desaparece esa razón, y obra una en sentido contrario; y no debe suponerse que haya sido construida y costeada más que por el dueño del terreno en que está, único que puede hacer en él obras y construcciones.

3. ° *Cuando la pared soporta las cargas de carreras, pasos y armaduras de una de las posesiones, y nó los de la contigua* (3.°-1248 C.). Ha de entenderse en este caso, que pertenece solo al dueño de la finca cuyas cargas de carrera soporta, como que sólo á éste

favorece de ese modo, mientras que si fuera común, soportaría carga igual de ambos.

4.° *Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y otras heredades, está construida de modo que la albardilla cae hácia una sola de las propiedades* (4.°-1248 C.). Entonces, la albardilla ó caballete de un solo lado, hace que sólo sobre el suelo de uno de los propietarios caiga el desagüe pluvial: si la pared fuera medianera, no estaría construida así, porque el dueño de la finca de cuyo lado está la albardilla no habría consentido en que las aguas cayeran sólo sobre su terreno, sino que habría exigido que la albardilla cayera también del otro lado para que se dividiese el agua (1278 C.), y el otro lo habría hecho para preservar la pared, si tuviera parte en ella.

5.° *Cuando la pared divisoria, construida de mampostería, presenta piedras llamadas pasaderas, que, de distancia en distancia, salen fuera de la superficie, solo por un lado de la pared y nó por el otro* (5.°-1248 C.). Esas piedras se conoce que han sido puestas al construir la pared cuando descansan sobre todo el grueso de la pared; y, destinadas á recibir las vigas que se coloquen sobre ellas cuando se quiera edificar, es de creerse que es propietario único de la pared el que, haciéndolas salir de su lado, se reservó la construcción sobre la pared. No deben confundirse sin embargo, con las piedras que se hacen salir del lado del fundo vecino con el fin de que si él edifica queden ligadas ó amarradas las construcciones.

6.° *Cuando la pared fuere divisoria entre un edificio del cual forme parte, y un jardin, campo, corral, ó sitio sin edificio* (6.°-1248 C). Consecuencia es esto de lo establecido respecto de medianería cuando

los edificios tienen diferente altura: en la parte más alta, la pared sólo se presume del dueño del edificio más elevado; y análogamente, si de un lado nada hay de edificio ni vestigios de él, toda la altura de la pared se presume que corresponde al que sí tiene edificio y mayor interés en amurallar.

7.° *Cuando una heredad se halle cerrada ó defendida, por cercas, vallados y setos, y las contiguas no lo estén* (7.°-1248 C). Milita aquí idéntica razón, por lo cual, según arriba se expresó, la medianería requiere que los predios rústicos entre los que hay cerca ó vallado, estén cerrados completamente.

8.° *Cuando la cerca que cierra completamente una heredad, es de distinta especie de la que tiene la vecina en sus lados contiguos á la primera* (8.°-1248 C); porque natural es presumir que el vecino habría puesto cerca igual á la que ya tiene, y que el que empleó cierta especie de ella en uno de los lados, fué el que puso, en los otros, cerca de la misma clase. Los signos exteriores de que se ha hecho mérito, son los que la ley reconoce, y en esa virtud no cabe admitir otros que no sean los mencionados.

663—Cuando una pared divisoria no es medianera, el propietario de la finca contigua á ella, sólo podía, conforme al Código, darle este carácter, en todo ó en parte, por prescripción, ó por contrato con el dueño de ella (1257 C.); de suerte que no tenía derecho para compeler á éste á que le cediera la medianería indemnizándole competentemente. En otros Códigos, el rasgo característico de la medianería, y lo que la constituye servidumbre legal, es que, para adquirirla, no se necesita el consentimiento del vecino, formándose así una limitación del derecho de propiedad y del princi-

pio de que nadie ha de ser obligado á enagenar contra su voluntad; y conforme con esto, el artículo 221 del Dec. de Ref. núm. 272, modificó el Código y estableció que el propietario de una finca contigua á una pared divisoria no medianera, tiene el derecho de hacerla medianera, áun sin el consentimiento del vecino, pagándole la mitad del valor actual del cerramiento cuya medianería pretende y la mitad del valor del terreno que ocupa. Para que una finca se entienda librada de la constitución forzosa de la medianería, debe quedar media vara de espacio entre su pared y la pared del vecino (fr. 2.ª 222 Dec. de Ref. núm. 272).

II.

664—Del mismo modo que las paredes, las zanjas ó acequias abiertas en las heredades, son de aquel que tiene en su favor título legítimo de propiedad sobre ellas. En defecto de esta prueba, la presunción legal es que son medianeras, si no hay signo contrario á la medianería (1250 C); y hay ese signo contrario, cuando la tierra ó broza sacada de la zanja ó acequia para abrirla ó limpiarla, se halla sólo de un lado, caso en que se presume que la zanja ó acequia es de propiedad exclusiva del dueño de la heredad á cuyo lado está la tierra ó broza (1251 C). Apoyan la presunción general de medianería idénticas razones á las expuestas acerca de las paredes divisorias; y apoya el signo contrario á la medianería, la consideración de que ya sea que la tierra sacada se considere como un gravamen ó como un beneficio, lo natural sería echarla por

ambos lados, si hubiere medianería. Por lo mismo, no puede eso hacerse valer como signo contrario á la medianería, cuando la inclinación del terreno obliga á echar la tierra de un solo lado (1252 C), pues entonces la posición natural explica el motivo de que la tierra esté sólo de un lado, sin que deba forzosamente suponerse que procede del dominio exclusivo de uno de los propietarios de los fundos.

III.

665—Hay que ver ahora, expuestas ya las reglas que determinan si la pared ó zanja es ó nó medianera, cuáles son los derechos y cuáles las obligaciones en caso de medianería. En primer lugar, cada propietario de una pared medianera, puede hacer de ella los usos á que por su naturaleza está destinada, en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad, y así, podrá edificar apoyando su obra en la pared medianera, ó introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor (1263 C), porque sólo hasta allí es de cada uno de ellos, y porque podrá suceder que el otro quiera también hacer lo mismo. La limitación que tiene este derecho es la que es natural y consiguiente á la medianería: que con la obra no se impida el uso común y respectivo de los demás medianeros, pues de lo contrario, se la inutilizaría para los objetos á que está destinada. A ese fin, deben arreglarse y convenirse préviamente con los otros medianeros, y si éstos se resisten á que se haga la obra en las condiciones en que se intenta, deben fijarse por medio de expertos,

las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique los derechos de los que se oponen (1264 C). Esto es cuanto ellos pueden exigir, pues si siempre debiera respetarse su oposición, por caprichosa y arbitraria pue fuera, sería ilusorio el ejercicio de los derechos de medianería. Los expertos no deben tomar en cuenta la simple incomodidad sino el verdadero perjuicio; y si no pudiere absolutamente evitarse alguno, y ellos declaran que puede hacerse la obra, deberán fijar el monto de la competente indemnización que haya de darse. Consecuencia de esta restricción de no perjudicar con la obra al vecino, es que no se pueda construir cerca de pared medianera nada que pueda ser de uso peligroso ó nocivo (1268 C.)

666—Si se tratare de zanja ó acequia medianera, cada medianero la aprovechará proporcionalmente tanto para el riego, como tomando el producto de las plantas ó árboles que nazcan en ella (1272 C), y el cieno de la limpia que suele servir para el abono de las tierras.

667—Derecho que tienen también los propietarios de pared medianera, es el de que cualquiera de ellos pueda alzarla, haciéndolo á sus expensas si los demás no quisieren contribuir, é indemnizando los perjuicios que se ocasionen por la obra, aunque sean temporales (1258 C). Ese derecho resulta de que la pared medianera tiene que ser de utilidad común á los dos dueños, y por lo mismo, cualquiera de ellos puede hacer lo que le aprovecha y le conviene sin que cause al otro un perjuicio indebido; pero han de ser igualmente de cuenta del que la alza, todas las obras de conservación de la pared en la parte en que ésta haya aumentado en altura ó espesor, y las que en la parte

medianera sean necesarias, siempre que el deterioro provenga de la mayor altura ó espesor que se haya dado á la pared (1259 C). La primera de las obligaciones enunciadas proviene de que no siendo medianera la pared en la mayor elevación que se le da, sino de propiedad exclusiva del que la eleva, él tiene que soportar, por completo, todos los gastos de elevación, y los de conservación ó reparación en la parte alzada. La segunda se apoya en que la pared antigua sufre y se menoscaba con el peso de la parte alzada, causándose así mayores gastos de conservación, que legal y naturalmente han de ser á cargo del que los ocasionó, con levantar la pared. Si los interesados no se avienen respecto de la cuantía de estos mayores gastos, se recurrirá al voto de expertos.

668—Si la pared medianera no puede resistir la mayor elevación, el propietario que quiera levantarla tendrá la obligación de reconstruirla á su costa; y si fuere necesario darle mayor espesor, deberá darlo de su suelo (1260 C.), ya que no puede obligarse á los otros propietarios á que contribuyan á la elevación de la pared, ni á reconstruir la medianera solo porque así conviene á uno de ellos. Mas entonces, no hay lugar á indemnización por mayores gastos, porque la pared que era demasiado débil para resistir la mayor elevación y carga, ha sido hecha de nuevo y por completo, dando mayor amplitud á su base ó cimientos para que la mayor elevación no perjudicase en nada á su solidez.

669—De todos modos, sea que se alze la pared sobre la medianera que había, sea que se levante sobre la que reconstruya el que necesita mayor elevación, la pared continua medianera hasta la altura en que lo

era antiguamente; y desde el punto donde comienza la mayor altura, es propia exclusivamente del que la edificó (1261 C). De otro modo, no habría propietario que cuando tuviera medios para alzar la pared medianera ó para reconstruirla á su voluntad, y careciera de ellos el vecino, no hiciese exclusivamente suya una propiedad que era y debía ser común: usurpación que la ley no debe, en manera alguna, sancionar.

670—Derecho correlativo al de cualquiera de los propietarios, de alzar la pared medianera, es el que tienen los demás que no han contribuido á darle más elevación ó espesor, de adquirir, en la parte nuevamente elevada, los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el costo de la obra, y la mitad del valor del terreno sobre el que se hubiere dado mayor espesor (222 Dec. de Ref. núm. 272). Aquí se encuentra reconocido por el Código, un caso en que el que levantó la pared es compelido á ceder la medianería en la parte que elevó: la misma razón que hay para obligarlo en este caso, la había para que la pared no medianera debiese adquirir este carácter por la indemnización hecha al dueño de la mitad de su coste y del valor de la mitad del suelo; y sin embargo, como se ha hecho ya notar, en este caso la ley determinaba que la medianería sólo podía adquirirse por convenio. Por lo demás, el Código decía que lo que había de pagarse era el valor, y se entendía el valor actual, es decir, el del tiempo en que fuera á adquirirse la medianería, y fijándose por expertos en caso de desacuerdo. En otros Códigos, al establecerse el derecho de que se viene tratando, se declara que la indemnización proporcional no ha de ser del valor sino del coste ó importe de la obra, porque sin esto, po-

día temerse que el vecino se negara á contribuir á la mayor elevación, con la esperanza de adquirir después la medianería por un precio inferior al coste ó gastos de la reconstrucción; y en este sentido se consignó ya, introduciendo esa modificación, en el Dec. de Ref. núm. 272.

VI.

671—Corresponde ya examinar las obligaciones de los medianeros. Estas se reducen á no hacer nada que se oponga al uso común y natural, á cuidar de que no se deterioren la pared, zanja ó seto medianeros, debiendo reponerlos, y pagar los daños y perjuicios que se hubieren causado, si se deterioraren por hecho de alguno de sus dependientes ó animales (1253 C); y á costear, proporcionalmente, la reparación y reconstrucción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas ó acequias también medianeros (1254 C). Esto es una consecuencia natural de la comunidad y del principio de que todo el que se aprovecha de una cosa está obligado á contribuir á la conservación de la misma. Pero como la obligación nace de la medianería, renunciando á ésta podrá libertarse de ella, porque cualquiera puede renunciar á su propiedad para eximirse de las cargas que lleva consigo. Se exceptúa el caso de que la pared medianera sostenga un edificio suyo (1255 C.), pues sería ridículo y fraudulento el abandono del derecho sobre la pared, cuando se continúa usando de ésta, y sería preciso en tal caso que se abandonara el

edificio ó se le derribara. Si después del abandono de la medianería, el vecino deja caer la pared, el que la había abandonado tendrá derecho á la parte proporcional de materiales y de terreno que le correspondía por la medianería, pues su abandono se entiende hecho con la condición tácita de la reparación que hiciera el vecino, ya que, en el supuesto de tener que dejar caer la pared, no había necesidad, para llegar á ese resultado, de que cediera gratuitamente su parte en los materiales de la pared y en el terreno. Caso de excepción también, ha de ser aquel en que la reparación ó reconstrucción se ha hecho necesaria por hecho del propietario que quiere abandonar la medianería; su obligación es entonces personal y nó como propietario de la pared, de modo que, aunque renuncie á esta calidad, su obligación subsiste, como que procede de origen diferente.

672—Si el propietario de un edificio que se apoya en pared medianera quiere derribarlo, puede hacerlo, renunciando ó nó á la medianería. En el primer caso, no está obligado más que á los gastos necesarios para evitar ó reparar los daños que cause la demolición: en el segundo, como continua como medianero, tiene como tal, la responsabilidad y obligaciones que tienen todos los medianeros (1255-1253-1254 C).

673—Cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen á distintos propietarios, lo cual sucederá muy raras veces, es cuando se presenta mayor dificultad acerca de los términos en que los dueños deben contribuir á las obras necesarias. Para arreglarlos, debe estarse, ante todo, á lo que establezcan los respectivos títulos de propiedad; y en su falta, se guardarán las reglas que siguen (1265 C):

1.ª *Las paredes maestras, el tejado ó azotea y las demás cosas de uso común, son á cargo de todos los propietarios, en proporción al valor de su piso*, porque no pueden pertenecer á ninguno en particular, y siendo propiedad común é indivisa de todos, su reparación ó reconstrucción tiene que ser á cargo de todos los interesados. Téngase presente que, en este caso, el propietario de uno de los pisos no podría libertarse de contribuir á los gastos de esas obras, diciendo que renunciaba á la medianería de las paredes maestras, por ejemplo, puesto que seguiría sacando de ella las mismas ventajas, á menos que renunciara al piso entero que le pertenece.

2.ª *El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía, comunes á todos, se costean á prorata por todos los propietarios.* La razón es la misma expresada respecto de la regla anterior.

3.ª *Cada propietario costea el suelo de su piso*, porque solo él lo aprovecha.

4.ª *La escalera que conduce al piso primero, se costea á prorrata entre todos, excepto el del piso bajo: la que desde el piso primero conduce al segundo, se costea por todos, excepto por los dueños del piso bajo y primero*, y así sucesivamente. Esta regla es más justa que la que se contiene en otros Códigos que ponen á cargo exclusivo del propietario del primer piso la escalera que conduce á él, cuando esa misma sirve para todos los superiores, y así sucesivamente, debiendo por lo mismo, ser á cargo de todos aquellos para quienes es útil é indispensable.

PARRAFO QUINTO.

DE LA DISTANCIA QUE SE REQUIERE PARA CIERTAS CONSTRUCCIONES Y PLANTACIONES.

674—Limitación del derecho de propiedad, por motivo de interés general ó por razón del respeto que se debe al derecho de los demás, es la de que *el dueño de un terreno no pueda edificar ni plantar cerca de las plazas, fuertes, fortalezas y edificios públicos, si no es sujetándose á las condiciones exigidas en los reglamentos especiales de la materia* (1266 C). Esta restricción del derecho de propiedad, que tiene en mira un fin de utilidad común y las otras de que va á tratarse, y tienen por objeto conciliar el derecho de un propietario con el derecho de los otros para que mútuamente no se estorben y pongan en colisión, constituyen, si nó como desmembración del dominio, como modificación del ejercicio de la propiedad, el carácter de la servidumbre legal de guardar cierta distancia de los edificios y heredades agenas, en la construcción de ciertas obras y en la plantación. Si se trata de limitaciones por razón de ser públicos los edificios, ó en general, por cualquiera consideración de interés común, las condiciones en que se permite la edificación y plantación se determinan en reglamentos especiales, por ser asunto que queda propiamente dentro de la jurisdicción del derecho administrativo, que ampara como real el derecho de propiedad particular, pero sin reconocer que sea tan amplio que se

oponga á la defensa y seguridad general. Se tratará separadamente: 1.º de las construcciones; 2.º de la plantación de árboles.

I.

675—Por razón de interés público, pero más especialmente de recíproca conveniencia particular, se halla establecido también que *nadie pueda construir cerca de una pared agena ó medianera, pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor ni otras fábricas destinadas á usos que pueden ser peligrosos ó nocivos, sin guardar las distancias fijadas por los reglamentos*; ó sin construir las obras de resguardo necesarias; y con sujeción, en el modo, á cuantas condiciones se prevengan en los mismos reglamentos ó se determinen, en falta de ellos, por juicio pericial (1268 C.). Como se ve, la ley no fija limitativamente los casos de las obras que no es permitido construir, puesto que por último se refiere, en general, á cualesquiera fábricas destinadas á usos que pueden ser peligrosos y nocivos; y si bien lo mejor sería que estuvieran determinados todos, si fuera posible, esto no lo es porque, en materia tan progresiva como las artes é industrias, no cabe circunscribir á número y límites fijos los casos de utilidad pública ó de interés particular que son objeto de la servidumbre legal. Tampoco se fija una regla única y común acerca de las distancias ni respecto de las obras de resguardo, porque tampoco es posible establecer una que forme derecho común en materia tan

varia; y por eso hay que atender á los reglamentos especiales que haya: y cuando faltan éstos, como en lo general sucede todavía entre nosotros, al juicio pericial que es un medio que, además de estar siempre expedito, procede tomando en cuenta todas las circunstancias particulares. Si no se observan, puede pedirse la demolición de la obra.

676—Si á pesar de haberse dejado la distancia determinada por los reglamentos, ó fijada por los expertos, las chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, & perjudican la pared del vecino, habrá que indemnizar á éste, si provienen los perjuicios de mala construcción; y habrá únicamente que ponerlas á mayor distancia cuando procedan de circunstancias excepcionales, ó de error en el juicio pericial.

677—Entre las diferentes construcciones que requieren precauciones ú obras de resguardo, hay unas que solo se oponen al interés particular del vecino, como la de cloacas, establos, acueductos; y otras que no solo se oponen á él, sino que contravienen á medidas que exige la seguridad pública que queda amenazada con tal contravención, como si se trata de hornos, fraguas, chimeneas, máquinas de vapor, &, que pueden producir un incendio que ponga en peligro, no sólo la pared del vecino, sino muchos otros edificios y la vida de muchas personas. Tratándose de las primeras, la servidumbre legal puede renunciarse como se renuncia todo derecho privado, y se adquiere por convenio ó prescripción el derecho de hacer esas construcciones junto á la pared medianera ó agena, sin guardar la distancia ni las condiciones comunes. De ese derecho así adquirido es correlativa la servidumbre del vecino de soportar tales obras en esa forma. Mas, si se trata de

las disposiciones que se proponen un objeto de utilidad pública ó comunal con el fin de evitar la insalubridad, los incendios y otros accidentes graves, no pueden los particulares renunciar á lo establecido en interés y provecho general, ni puede adquirirse por prescripción el derecho de tener obras en condiciones ocasionadas á tales peligros.

II.

678—Limitación análoga á la de construcciones cerca de pared agena ó medianera, es la de que nadie puede plantar árboles, áun en terreno propio, cerca de una heredad agena, si no es á distancia de dos metros de la línea divisoria, si la plantación es de árboles grandes; y de un metro, si es de arbustos ó árboles pequeños (1269 C.). Lo exige así el interés de la agricultura para que los vecinos no se perjudiquen recíprocamente, si extienden los árboles hasta la otra heredad sus raíces y sus ramas; y la disposición se aplica, por mediar la misma razón, á los árboles que nacen espontáneamente, porque es indudable que si la ley se refirió á árboles plantados por el vecino, fué sólo porque se puso en el caso más frecuente y común, pero su objeto es impedir que, en general, los haya en esas condiciones. Como consecuencia de esa prohibición, todo propietario tiene el derecho correlativo de pedir que se arranquen los árboles plantados á menor distancia de la que designa la ley; y áun aquellos colocados á igual ó mayor distancia, si es evi-

dente el daño que le causan, ya que éste es el que se trata de evitar (1270 C.).

La acción para pedir que sean arrancados está sujeta á prescripción lo mismo que á convenio de no usar de ella; pero, no obstante que se haya observado en la plantación la distancia legal, si las ramas de algunos árboles se extienden sobre alguna heredad, ó sobre jardines ó patios vecinos, el dueño de éstos tiene derecho de reclamar que se corten en la parte que se extiendan sobre sus propiedades. Si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se introducen en suelo ageno, el dueño de éste puede hacerlas cortar por sí mismo, dentro de su heredad; pero con previo aviso al vecino (1271 C.). La diferente disposición respecto de ramas y de raíces la apoyan en que estas últimas son de aquel en cuyo suelo están, como que forman parte de su terreno, y en que le causan mayor perjuicio, porque van á sacar de allí la savia del árbol; y principalmente, en que el modo y la época para cortar las raíces es indiferente, al paso que para el corte de las ramas, sin perjudicar la vitalidad del árbol, hay épocas fijas y modos particulares de hacerlo. Los frutos que crecen en las ramas que se extienden sobre el suelo del vecino pertenecen, sin duda, al dueño del árbol, como le pertenecen las ramas; y si caen en el, el propietario del árbol tiene derecho de ir á recogerlas, como consecuencia del consentimiento del otro de dejar las ramas que podría hacer cortar; pero podrá pedir alguna indemnización, si la recolección ó caída de los frutos le causa algún perjuicio (591 C).

679—Cuando pasa el tiempo necesario para la prescripción sin que el dueño de un predio reclame que

se corten los árboles colocados cerca de su heredad, á una distancia menor que la legal, el propietario de ellos adquiere el derecho de conservarlos, y se crea entonces una servidumbre en provecho de su fundo; pero ese derecho de conservarlos no lleva consigo el de hacerlos reemplazar por otros, porque más bien que adquisición por prescripción del derecho de tenerlos, hay extinción por prescripción de la acción para pedir que se arranquen los existentes; y de esa extinción para el dueño de un predio, no resulta para el otro propietario adquisición del derecho de plantar otros.

680—El término para la prescripción de la acción para que se corte el árbol, corre desde la fecha de la plantación; pero si por estar detrás de una pared ó cerca, el vecino no hubiere podido saber cuando se plantó, comenzará desde que supo que se había plantado. Aun cuando haya prescripción, subsiste siempre, sin embargo, el derecho de exigir que se corten las ramas y de cortar las raíces, porque el primero se tiene aunque se haya guardado la distancia legal, y el otro es efecto del dominio que hay en el terreno; de donde se ve que son derechos imprescriptibles por su naturaleza.

681—Los árboles existentes en cerca medianera, como accesorios de ésta, son medianeros como lo es la cerca (1272 C): y los gastos y los frutos se dividen por igual (592 C). Mas como esta comunidad puede ser origen de dificultades cuanto al corte de las ramas y cosecha de los frutos, cualquiera de los dueños tiene derecho de pedir que se derriben, sin que ese derecho deje de existir porque haga mucho tiempo que esté el árbol sin arrancarse, puesto que ninguno

ha disfrutado de él exclusivamente. Si el árbol es señal de lindero, no puede ser cortado ni reemplazado con otro, sino por consentimiento de ambos (1272 C), puesto que de otra suerte, no habría fijeza en los términos de las heredades, y por esto la alteración de los términos ó linderos de los pueblos ó heredades ó de cualquiera clase de señales destinadas á fijar los límites de predios contiguos, se considera como hecho punible sujeto á multa (361 C. penal).

PARRAFO SEXTO.

DE LAS LUCES Y VISTAS QUE PUEDEN TENERSE EN LA PROPIEDAD DEL VECINO.

682—Para la mejor inteligencia de la materia de que este párrafo trata, es conveniente definir ante todo, como lo hacen varios tratadistas, la significación legal de algunas de las expresiones que en él tienen que emplearse. *Luces* se llaman *las ventanas ó huecos por los que pasa la luz, pero sin que haya derecho de ver, por medio de ellos, la propiedad contigua. Vistas son las ventanas ó huecos que no sólo dan luz, sino que sirven para ver el fundo vecino;* de modo que en las vistas van comprendidas las luces. Las vistas pueden ser *rectas* y *oblícuas* ó de costado: las primeras son, *las ventanas abiertas en una pared paralela ó casi paralela á la línea que separa las dos propiedades:* las otras, son *las que se practican en una pared perpendicular ó casi perpendicu-*

lar á la línea de separación, de suerte que forman ángulo con ella.

683—La ley, atenta á algunas consideraciones indispensables para la armonía y mutua seguridad de los vecinos, ha establecido, según se ha dicho atrás, algunas restricciones indispensables para el ejercicio simultáneo de derechos; y esas restricciones existen también en el uso de la libertad de tener luces ó vistas sobre los predios vecinos. Cuando los dueños de éstos pueden oponerse á que existan, y sin embargo convienen en que las haya ó las toleran, y no hacen lo que legalmente podrían para oponerse á su ejercicio, hay una servidumbre; y la habrá también, en sentido contrario, cuando el dueño del predio que podría tener luces ó vistas, se compromete á no tenerlas, contrayendo así la obligación, en favor del vecino, de no hacer nada que contradiga ese compromiso. Puede explicarse también la existencia de la servidumbre haciéndola consistir en el consentimiento de las restricciones que para las luces y vistas tiene el propietario, ó en la obligacion del vecino de soportarlas en determinadas condiciones.

684—Muchos sostienen sin embargo, que la servidumbre de luz tal como queda explicada, no es propiamente tal. Nada, dicen, se le impide hacer al sirviente, quien puede por el contrario, levantar una pared: se ejercita en predio propio, y la limitación recae sobre el predio dominante: no así en las legislaciones anteriores en que tal servidumbre era correlativa del derecho de hacer ventana en pared agena para dar luz á edificio propio. La verdad parece ser que no hay en el fondo más que una reglamentación del ejercicio del

derecho de propiedad. Se hablará: 1.° de las luces; y 2.° de las vistas.

I.

685—Cuando la pared está en la línea divisoria de los predios, ha de distinguirse si es medianera ó nó. Si es medianera, ninguno de los dos medianeros puede, sin consentimiento del otro, abrir en ella ventana ni hueco alguno (1278 C), porque lo contrario sería hacer un uso perjudicial y atentatorio al derecho de medianería del vecino, y se aprovecharía uno de todo el espesor de la pared, lo cual no le es lícito, según antes se ha visto (1268 C). Esto se entiende siempre que la pared sea medianera en toda su altura, porque si la parte en que ha de abrirse la ventana pertenece exclusivamente al que va á hacerlo, por haberlo levantado él solo, sigue en esa parte la regla de la pared no medianera, como que es de la propiedad exclusiva del que la levantó (1261 C), mientras el vecino no adquiera, como puede hacerlo en cualquier tiempo, sin que se le oponga prescripción, la medianería, pagando lo que proporcionalmente le corresponde (222 Dec. de Ref. núm. 272). Si se conviene en que el medianero abra una ventana, ó no se reclama contra su apertura sino que se deja pasar el tiempo necesario para la prescripcion, quedará constituida una servidumbre.

686—Si la pared contigua á finca agena no es medianera, el dueño exclusivo de ella puede, en virtud de su dominio, abrir en la misma ventanas ó huecos para

recibir las luces, pero, en consideración al vecino, tiene la restricción de no poder abrirlas sino á una altura tal que la parte inferior de la ventana diste del suelo de la vivienda á que da luz, tres metros por lo menos, y debe ponerse, en todo caso, una reja de hierro, remetida en la pared, y una red de alambre cuyas mallas tengan tres centímetros á lo más (1274 C). En esa restricción se contiene una servidumbre para el propietario, en favor del vecino. Se fija la altura de tres metros del suelo, para que pueda recibirse la luz sin ver el fundo vecino, y con ese mismo objeto de que no se moleste á su propietario, se determina el espesor de la malla de la red de alambre, para que al través de sus agujeros no puedan pasar más que objetos de muy pequeño volumen. Debe advertirse sin embargo, que si el que abrió las ventanas no se sujetó á las condiciones mencionadas, y pasa el tiempo necesario para la prescripción sin que el vecino reclame, ya habrá adquirido el derecho de no sujetarse á ellas en el uso de las ventanas.

687—Cuando el dueño de la pared divisoria no medianera, ha usado del derecho de abrir huecos ó ventanas en ella, en la forma que acaba de decirse, el vecino no puede obligarle á cerrarlos; pero, como propietario de su suelo, sí puede hacer uso también del derecho de construir pared contigua á ella que los cubra, á no ser que se haya obligado á no hacerlo, ó que lo esté ya por prescripción; entonces tiene su fundo la servidumbre de no impedir la luz. Del mismo modo, si llega á adquirir la medianería de esa pared, podrá apoyarse en ella, áun cubriendo los mismos huecos ó ventanas (1275 C). Y cuando llega á ser divisoria la pared medianera, cesa la servidum-

bre legal y sólo puede tener lugar la voluntaria, que se establece por mutuo consentimienio de ambos dueños (223 Dec. de Ref. núm. 272).

II.

688—Acerca de las vistas, se halla establecido que una pared, aunque no sea medianera, no puede tener en ella ventanas para asomarse, ni balcones ni otros voladizos semejantes sobre la propiedad del vecino, prolongándolos más allá del límite que separa las heredades porque sería invadir el derecho ageno (1276 C). La restricción es la misma, ya la propiedad vecina sea rústica, ya urbana, porque la ley no distingue: es indiferente también, aunque antes de construir se viera, que esté ó nó cerrada, porque lo que prohibe la ley no es precisamente que se vea la propiedad contigua, sino que se vea desde un balcón ó ventana. Si, no obstante las restricciones que pone la ley al dueño de la pared, el vecino le permite ó le tolera, por el tiempo legal, que tenga balcones ó ventanas sobre su propiedad, queda constituida á favor de aquel la servidumbre de tener las vistas; y si, á pesar de su derecho de abrirlas en determinadas condiciones, se compromete á no abrirlas, quedará establecida también una servidumbre diferente.

689—Tampoco se puede tener vistas de costado ú oblicuas sobre la propiedad del vecino, si no hay seis decímetros de distancia; la cual se mide desde la línea de separación de las dos propiedades (1276-1277 C). Para que tengan aplicación estas disposiciones acerca

de vistas rectas ú oblicuas, se necesita que la vista se tome directamente sobre la propiedad vecina, y nó sobre la calle ó camino público; de suerte que el dueño de una casa situada en una calle muy estrecha podrá tener, en su pared, ventanas de vista sobre la casa de en frente, lo mismo que sobre la calle puede volarse un balcón, sin otras restricciones que las de los reglamentos de la autoridad administrativa. La vista recta es de más alcance y de mayor gravamen que la oblicua.

690—Cuando el terreno intermedio de la pared en que se abren las ventanas y la propiedad del vecino es común, la línea de separación para contar los seis decímetros de distancia es la que lo divida por mitad. Ha de tenerse presente que, cuando se ha adquirido por prescripción la servidumbre de vistas, debe observarse el principio de que sólo se prescribe lo que se ha estado disfrutando por la cuasi-posesión, de suerte que si sólo ha tenido dos ventanas, sólo habrá prescrito la servidumbre de tener esas dos, y no le valdrá la prescripción para abrir otras. Mas si al abrirlas había ya, entre ellas y la heredad vecina, un muro que perteneciese al dueño de la pared y que le impidiera ver, no tendría derecho de pretender, destruyendo el muro, conservar las vistas con el pretexto de prescripción, porque mientras existía el muro, el vecino carecía de interés; y por consiguiente, de acción, para oponerse á la apertura de esas ventanas.

691—La servidumbre legal de luces y vistas puede perderse por el no uso, con las siguientes modificaciones respecto de lo que se establece en general para las servidumbres voluntarias:

1.ª Si el dueño del predio dominante cierra vo-

luntariamente el hueco ó ventana, se pierde el derecho de volverlo á abrir, por el no uso de diez años, contados desde que ocurrió ese hecho (1.°-1307 C. y 225 Dec. de Ref. núm. 272).

2.° —Si la la ventana ó hueco ha sido cubierto por el dueño del predio sirviente en virtud del derecho que tiene para construir una pared contigua ó de apoyarse en ella, y adquiere la medianería el dueño del dominante, puede abrir la ventana en otro lugar que esté libre; y si se destruye, por voluntad ó accidente, la obra que obstruía la primera ventana, se recobra desde luego el uso de ella (2.° 1307 C).

692—Puede también acabarse la servidumbre legal de luces ó vistas por convenio en que se renuncie á ellas; pero éste se reputará entonces como constitutivo de una nueva servidumbre de no hacer, por parte del que antes las disfrutaba, considerándose como dominante el predio que antes era sirviente y vice versa (Inc. ° 3. °-1308 C).

PARRAFO SETIMO.

DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE DESAGÜE.

693—Otra de las restricciones que tiene el derecho de propiedad al ser limitado por el derecho de los demás, es la de que el propietario de cualquier edificio debe construir sus tejados y azoteas de tal manera que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo del vecino (1278 C). Esta obligación se enumera entre las ser-

vidumbres legales con el nombre de *servidumbre legal de desagües*, porque modifica y limita, en interés de otro, el uso que el propietario puede hacer de su cosa, quitándole la facultad de hacer caer en cualquier parte las aguas pluviales. La obligación del propietario no se extiende sin embargo, á tener que construir tejados ó azoteas para impedir que el agua que cae sobre su fundo pase en seguidas á la del vecino, sino que se concreta á que si construye tejados ó azoteas debe hacerlo de modo que no caigan las aguas sobre el suelo del vecino. Su obligación no llega hasta tener que impedir que sus aguas pluviales caigan allí sino que se reduce á no hacerlas caer. Esta obligación subsiste aunque el predio inferior sea más inclinado ó más bajo que el otro en que se han construido los tejados ó azoteas, puesto que los predios inferiores sólo están sujetos á recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, caen de los superiores, y en el caso que se supone, las construcciones son obra del hombre.

694—Para poder libertarse de esta obligación ó servidumbre legal, se necesita título ó prescripción en contrario; y entonces, el otro predio tendrá que soportar la caída de las aguas pluviales, porque establecida la obligación en interés privado del vecino, puede renunciarse á él, y por lo mismo, puede haber convenio ó prescripción en contra de ella. Cuando existe esa obligación de recibir las aguas pluviales, hay la servidumbre voluntaria de *goteras*, si el agua va al fundo vecino gota á gota como cae en los tejados y azoteas (stillicidii); y de *canales* (fluminis), cuando pasan ya reunidas en tubos ó canales. En el caso de ésta servidumbre voluntaria, podrá elevarse el goteraje, porque esto disminuye la servidumbre,

mas no podrá bajarse porque se agravaría.

695—Se llama también servidumbre legal de *desagüe* la obligación ó gravamen de recibir ó dar paso á los desagües de los predios rústicos ó urbanos que se encuentran enclavados entre otros de manera que no tienen comunicación directa con algún camino, canal ó calle pública. Los dueños de los predios circunvecinos son los que tienen en este caso la obligación de permitir por entre ellos el desagüe del central, por razones análogas á las que hay para la servidumbre legal del paso, con la cual tiene tanta semejanza la de que se trata, que la ley, después de establecer que las dimensiones y dirección del conducto de desagüe se fijen por el Juez, previo informe de expertos, y con audiencia de los interesados, ordena que se observen en todo, en cuanto fuere posible, las reglas dadas para la servidumbre de paso (1279 C).

696—La servidumbre legal de desagüe puede cesar por convenio; pero éste, lo mismo que sucede en la de paso, debe entenderse celebrado con la condición de que lo aprueben los dueños de los predios circunvecinos, ó por lo menos, el del predio por donde nuevamente se constituye la servidumbre. Debe además la renuncia, para ser válida, no oponerse á los reglamentos de policía; porque siendo de interés general la observancia de las medidas decretadas en ellos, no puede dejar de subsistir por solo la voluntad de los particulares (4. º y 5. º -1308 C).

697—Si el predio no está enclavado entre otros, sólo por medio de una servidumbre voluntaria puede establecerse el gravamen de que otros reciban sus desagües.

TITULO VIGESIMO SEGUNDO.

DE LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS.

PARRAFO PRIMERO.

DE QUIENES PUEDEN CONSTITUIR SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS.

698—El propietario que, como consecuencia de su dominio, tiene derecho de disponer de la cosa que le pertenece, lo tiene con mayor razón, de desmembrar su propiedad. Así es que todo dueño de una finca ó heredad puede establecer sobre ella cuantas servidumbres tenga por conveniente, y en el modo y forma que mejor le parezca, siempre que no sean contrarias al orden público (1280 C). Esta última limitación es la misma que tiene, en general, el derecho de propiedad, en cualquiera de los modos de su ejercicio (513 C); y en virtud de ella, no se puede, por ejemplo, consentir en que cerca de nuestra pared se construya un horno ó chimenea, sin que se hagan las obras necesarias de precaución y se guarde la debida distancia, porque sería opuesto á una disposición que tiene por objeto evitar los incendios.

699—Siendo la servidumbre una desmembración del dominio, su constitución se reputa como enagenación, en parte, de la propiedad del predio sirviente. Así es que, para poder establecerlas, se necesita tener

no sólo la propiedad, pero también el ejercicio libre de ese derecho, ó sea la capacidad de enagenar (691 C); y los que no pueden enagenar sus cosas sino con ciertas solemnidades ó condiciones (692 C.), no pueden, sino con esas mismas, imponer servidumbre sobre ellas (1281 C).

700—No podrá, por tanto, constituir servidumbre de un modo absoluto, sino con las mismas formalidades que los tutores, el guardador de un ausente, ni el poseedor provisional de sus bienes (91 y 98 C); pero sí el poseedor definitivo (101 C). Tampoco podrá hacerlo por sí sola la muger casada (47 Dec. de Ref. núm. 272), ni el gestor de negocios, ni el mandatario sin cláusula especial, ni el simple poseedor, ni el tutor ó guardador sin llenar los requisitos indispensables para la enagenación (373 C). Tampoco el usufructuario puede constituir servidumbres perpetuas sobre la finca que usufructúa, pero sí se le permite establecerlas en el concepto de que cesen al terminar el usufructo (1332 C).

701—Cuando son varios los dueños de un predio, no puede uno solo de ellos imponerle legalmente una servidumbre sin el consentimiento de todos (1282 C), porque uno solo tampoco puede disponer libremente de toda la cosa, y la servidumbre es un gravamen que la afecta toda; pero si uno solo adquiere la servidumbre sobre otro predio, á favor del predio común, pueden aprovecharse de ella todos los copropietarios, porque se presume que aceptan el aumento que da á su propiedad proindivisa la servidumbre creada á su favor, y sólo tendrán, como es consiguiente, la obligación de sujetarse á los gravámenes natu-

rales que traiga consigo, y á los pactos con que se haya adquirido (1283 C).

PARRAFO SEGUNDO.

DE COMO SE ADQUIEREN LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS.

702—Las servidumbres legales se adquieren, como se ha dicho en otra parte, por ministerio de la ley: las voluntarias ó convencionales necesitan de ciertos hechos reconocidos por la ley, los cuales son diferentes según la diferente naturaleza de las mismas servidumbres.

703—Siendo la servidumbre una desmembración del derecho de propiedad, en el dominio de un fundo la ley no presume esa desmembración sino lo contrario, es decir, su libertad y la integridad del derecho, por lo cual, siguiendo el principio de los Códigos romano y español, el nuestro establece que *al que pretende tener derecho á una servidumbre, incumbe probar, aunque esté en posesión de ella, el título en virtud del cual la goza* (1286 C). Bien sea pues, que el dominante demande como actor para que se reconozca y respete la servidumbre: bien que él sea demandado para que se declare que no tiene á favor de su finca la servidumbre que pretende, á él le toca siempre la prueba (605 C. pr.)

704—En cuanto al título legal de adquisición, debe distinguirse según la clase de servidumbres. Las que,

siendo continuas son al mismo tiempo aparentes, se adquieren por cualquiera de los títulos legales para adquirir el dominio, incluso la prescripción por cinco años entre presentes y diez entre ausentes (224 Dec. de Ref. núm. 272). Las que, siendo continuas, no son aparentes; y las discontinuas todas, sean ó nó aparentes, no pueden adquirirse por prescripción sino por otro título legal (1285 C).

705—Respecto del título, la servidumbre podrá constituirse gratuita ú onerosamente, del mismo modo que se adquiere la propiedad, de suerte que podrá hacerse por donación entre vivos, por contrato ó por testamento, si bien este último no se adopta sino sólo para las servidumbres que se llaman personales, el usufructo, el uso y la habitación. En la venta de servidumbres, lo mismo que en la de acciones y derechos sobre inmuebles, debe tenerse presente que ha de hacerse constar por escritura pública, la cual se inscribe en el registro de la propiedad (1502 C y 233 Dec. de Ref. núm. 272). Debe advertirse también, que está sujeto á esa inscripción todo título en que se constituya, reconozca, modifique ó extinga cualquiera servidumbre (2.°-2065 C); y que esa inscripción se hace en el libro y fólio en que se encuentre inscrita la propiedad, tanto del predio dominante como del sirviente (2092 C).

706—En orden á la prescripción, la diferencia importante que hace la ley, no admitiéndola en las servidumbres discontinuas ni en las continuas no aparentes, se explica atendiendo á que la posesión ó cuasi-posesión indispensable para adquirir por prescripción debe ser continua y pública (651-652 C). La servidumbre discontinua, de cualquier clase que sea,

no es absolutamente susceptible del carácter de continuidad, por ser contrario á su naturaleza; y las no aparentes áun cuando sean continuas, no pueden tener el carácter de publicidad. Por lo mismo, como hace notar Rogrón, un propietario vecino puede no tener conocimiento de actos discontinuos y frecuentemente equívocos, ó que pudo él permitir por mera tolerancia ó complacencia; y así, no hay de su parte, la culpa ó negligencia que se supone en toda prescripción. Hay también, por lo mismo que la existencia de la servidumbre no es conocida ni constante, la circunstancia de la dificultad, y acaso imposibilidad de fijar la época en que comienza la prescripción, para computar el tiempo; y todo ello ha hecho inadmisible ese medio de adquirir respecto de tales servidumbres. Esto no obsta sin embargo, á que se reconozcan las servidumbres de esa especie, adquiridas con anterioridad por prescripción, conforme á las leyes españolas, porque entonces se trata de hechos ya consumados bajo el imperio de otras disposiciones.

707—Por lo demás, ya que cabe la adquisición por prescripción en las servidumbres que son continuas y aparentes, debe advertirse que el Código no fijaba término especial para la prescripción: en ese concepto, y siendo natural que el tiempo sea el mismo que se exige para adquirir por prescripción el dominio de bienes raíces, cinco años entre presentes y diez entre ausentes (653 C), lo estableció así el artículo 224 del Dec. de Ref. núm. 272. No hay que extrañar que se haya fijado ese término, y que se exija el mismo tiempo para adquirir el dominio que es el todo, que para adquirir la servidumbre que no es más que una desmembración, pues en otros Códigos, como

el francés, áun se fija un término mayor para adquirir la servidumbre que para ganar el dominio; y se da por razón que, por distante que esté de su finca un propietario, no puede suceder que un tercero la posea á título de dueño por algunos años sin que él tenga conocimiento de ello, mientras que bien podría suceder que ese tercero estuviese ejercitando una servidumbre sin que el dueño tuviera oportunidad de advertirlo.

708—Cuando no aparece el título constitutivo de servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, no cabe subsanar su falta ni áun con la prueba de posesión inmemorial; y sólo podrá suplirse por confesión judicial ó reconocimiento hecho en escritura pública por el dueño del predio sirviente, porque esto equivale á establecer ó á dar por establecido el título, por aquel á quien podría perjudicar. El mismo efecto produce la sentencia ejecutoriada que declara existir la servidumbre, porque la sentencia, verdad jurídica, debe estar basada en la prueba de que había título legítimo (1287 C.)

709—Para concluir esta materia, hay que mencionar que es también título legal para que una servidumbre continúe activa y pasivamente respecto de dos fincas que eran de un solo dueño, y después pasan á ser de diferentes propietarios, la existencia de un signo aparente de servidumbre, establecido ó conservado por el que fué, á un tiempo, dueño de ambas (1288 C). Esta disposición tiene lugar, bien sea el signo de la servidumbre anterior á la adquisición de las dos fincas por una sola persona ó posterior á ella; y por eso se hace mérito de signo establecido ó conservado, porque en ambos casos milita la misma

razón: *el signo exterior*, como acostumbra decirse, *habla por sí mismo*. Así es que si el que llega á ser dueño de dos fundos, hace en uno de ellos, ó lo encuentra hecho antes de su adquisición, y lo deja así, un canal para llevar el agua al otro, y después enagena cualquiera de ellos, se establece en el un caso, y se conserva en el otro, una servidumbre que no podía tener efecto mientras ambos fundos pertenecieran á un mismo dueño, porque la servidumbre no puede existir sobre finca propia del dominante, y la reunión de la propiedad del predio dominante y sirviente es uno de los modos que causan la extinción de la servidumbre. La razón de la disposición legal de que se trata, es que debe presumirse tácito consentimiento de dejar las cosas tales como estaban antes del convenio de enagenarlas, es decir, con la existencia de la servidumbre cuyo signo quedaba, pues, de ser lo contrario, debería haberse expresado así en el título de propiedad que se otorgara. El dueño común es libre por tanto, de pactar y expresar lo contrario, es decir, que no se establecerá ni renacerá servidumbre por la conservación del signo aparente, al tiempo de dividirse la propiedad; pero si nada dijo, ese silencio unido á la existencia del signo aparente, constituye título legal para la servidumbre.

PARRAFO TERCERO.

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS DE LOS PREDIOS ENTRE LOS QUE ESTA CONSTITUIDA ALGUNA SERVIDUMBRE VOLUNTARIA.

710—Las servidumbres establecidas por voluntad del propietario, se rigen, en su uso y extensión, por los términos del título en que tienen su origen, porque siendo como son, desmembraciones convencionales del derecho absoluto de propiedad, los convenios que las establecen no tienen más restricciones que las de no contravenir á las leyes, ni al orden público, ni á las condiciones esenciales que la naturaleza misma de la servidumbre requiere (1291 C). Si se ofreciere duda sobre su uso y extensión, debe interpretarse y resolverse en el sentido menos gravoso para el predio sirviente, pero sin llegar hasta imposibilitar ó hacer muy difícil el uso de la servidumbre (1300 C); ó lo que es lo mismo, la interpretación, en caso de necesitarse, debe más bien ser favorable al predio sirviente. La razón es que, así como la servidumbre no puede constituirse sin título, su gravamen no puede extenderse sino á lo que claramente se expresa en éste; debiendo, por lo demás, atenderse á que, como la presunción natural es la de libertad de los fundos, la ley no reconoce la falta de ésta en su principio ni en sus detalles, sin prueba com-

petente. Y como de extenderse ilimitadamente esa interpretación favorable, podría áun hacerse imposible ó sumamente difícil el uso de la servidumbre, se ha puesto la restricción que es natural ó indispensable, interpretando racionalmente la voluntad de los que convinieron. En caso de que no haya título, ó de que en él no se determine con precisión lo relativo á derechos y obligaciones de los dueños del predio dominante y del sirviente, la ley establece las reglas á que ha de sujetarse, y son las de que va á tratarse:

I.

711—Uno de los derechos del dueño del dominante, es el de usar, respecto del sirviente, de todos los medios necesarios para su ejercicio, porque al concederse una servidumbre, se entienden concedidos todos aquellos derechos accesorios sin los cuales no puede existir la servidumbre; ó lo que es lo mismo, sin los que no habría tal concesión (1289 C). Así, la servidumbre de sacar agua de fuente que hay en predio ageno, lleva consigo el derecho de pasar para ir á traerla; y en aplicación de este principio, se ha visto que la ley declara que el que tiene á su favor la servidumbre legal de hacer pasar por fundos intermedios, y para su uso, el agua de que puede disponer, tiene, por ese mismo hecho, el derecho de tránsito para las personas y animales, y el de conducción de los materiales necesarios para reparación del acueducto así como para el cuidado del agua que por él se lleva (1230 C). Como esos derechos ó me-

dios accesorios sólo subsisten por la servidumbre, y en cuanto ésta subsiste, es natural que cesen cuando ésta cesa, lo cual se verifica siempre que eso suceda, á menos que se hayan obtenido por un título independiente de la servidumbre (1290 C), pues entonces dejan de ser accesorios de ella y ya no tienen que seguir forzosamente su suerte; así es que, si en el caso de la servidumbre de sacar agua, por contrato especial y diferente se hubiera adquirido la servidumbre de paso, no terminaría el derecho de tenerlo porque hubiera concluido aquella.

712—El otro derecho del dueño del dominante es de poder hacer, á su costa, todas las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre (1292 C). Este derecho se apoya en la misma razón que acaba de consignarse: sin él, el ejercicio de la servidumbre se haría ilusorio; pero todos los gastos deben ser á cargo del dominante, á menos que haya convenio contiario, porque siendo la servidumbre, por su naturaleza, un gravamen que pesa sobre la cosa, y no una obligación contra la persona á la cual pertenece, no se puede exigir que ésta haga algo, sino solamente que no impida que se haga (1190 C).

II.

713—En cuanto á las obligaciones del dominante, es la principal que no haga nada que vuelva más gravosa la servidumbre, teniendo que costear las obras necesarias para que no se cause al sirviente más gravamen que el que es consiguiente á la servidum-

bre; y si, por su descuido ú omisión, le causare otro daño, queda sujeto á la indemnización (1220-1233-1293 C). Así pues, el dueño del dominante debe ceñirse á usar de la servidumbre dentro de los límites del derecho que haya adquirido, según el título, ó por prescripción: dentro de ellos, puede hacer todas las alteraciones que sean útiles á la finca, por molestas que sean para la otra; fuera de ellos, nada puede hacer que empeore su condición. Si el título pues, confiere, de una manera absoluta, el derecho de vistas, se podrá, aunque hayan pasado muchos años, aumentar el número de ventanas que ha habido, porque esa alteración cabe en la extensión virtual de la servidumbre, es decir, en toda la que puede tener conforme al título, por más que de hecho no se haya usado de toda ella.

III.

714—Va á verse ahora lo que hace relación al predio sirviente. El dueño de éste tiene estricta obligación de no menoscabar, de modo alguno, la servidumbre constituida (1295 C). Así pues, no podrá cambiar el estado de los lugares ni trasportar el ejercicio de la servidumbre á paraje diverso de aquel que estaba primitivamente señalado; pero si éste llegare á presentar graves inconvenientes al dueño del sirviente, podrá ofrecer al dueño del dominante otro que le sea cómodo y él no podrá rehusarlo si con ello no se perjudica (1296 C). En efecto, de lo que ha de tratarse en todo caso, es de conciliar la mayor ventaja posible

del dominante con la menor incomodidad del sirviente; por lo cual, siempre que el modo de ejercer la servidumbre puede hacerse menos molesto para el sirviente, sin que el dominante se perjudique, así debe procederse, en virtud del principio de que *ha de consentirse todo aquello que no nos causa daño, y sí aprovecha á otro.*

715—Consecuencia de lo dicho es el derecho que tiene el dueño del sirviente de ejecutar todas aquellas obras que hagan menos gravosa para él la servidumbre, con tal que de ellas no resulte perjuicio alguno al predio dominante (1297 C); pero si se siguiere alguno de la conservación de ellas, tendrá que restituir las cosas á su antiguo estado y que indemnizar los daños y perjuicios (1298 C). Y si hubiere cuestión sobre si las obras son ó nó perjudiciales, la autoridad judicial, previo informe de expertos, decidirá sumariamente acerca de la oposición del dominante á que se ejecuten (1299 C. y 6.°-1029 C. pr. civ.)

PARRAFO CUARTO.

DE LA EXTINCION DE LAS SERVIDUMBRES

I.

716—Las servidumbres voluntarias se extinguen por los modos siguientes: por confusión, por no uso, por destrucción del predio sirviente, por remisión y por

resolución del derecho.

1. °—Por *confusión ó consolidación*, que se verifica cuando se reune en una misma persona la propiedad de ambos predios, dominante y sirviente (1.°-1302-2322 C.), porque no puede subsistir la servidumbre en un predio que ha dejado de ser ageno y ha pasado á ser propio. En este concepto, las servidumbres existentes antes de la reunión, se acaban, y áun cuando después se separe de nuevo el dominio de los predios, no reviven *ipso jure* sino mediante otro título, á menos que, como se ha dicho ya antes, haya un signo aparente de servidumbre, establecido ó conservado por el que fué dueño de ambos, y no se haya expresado nada en contra (1288 C). Si el dominio adquirido en ambos predios fué temporal y resoluble por su naturaleza, llegado el caso de la resolución, sí continuarán ó revivirán las servidumbres como estaban antes de la reunión, porque esa extinción temporal es dependiente, en todo, de la naturaleza del hecho que lo causa. Así, si el dueño del dominante lo vende al sirviente, con pacto de retroventa, y en virtud del pacto lo recobra, al efectuarse esto, renacen las servidumbres que antes había, y que se extinguieron por la reunión. Así también, si el dueño del sirviente hereda al del dominante, y éste legó á un tercero su predio bajo condición suspensiva, al cumplirse ésta, el tercero podrá usar de la servidumbre, que renace entonces, aunque temporalmente hubiera concluido con la aceptación de la herencia hecha por el dueño del dominante, mientras la condición no se había realizado. La regla pues, será que siempre que la confusión ó reunión tiene el carácter de perpetua, las servidumbres extinguidas no reviven por la separa-

ción, si lo contrario no se estipula; pero siendo temporal ó condicional, las servidumbres renacen luego que por esa causa se efectúe la separación.

717—2. ° -Las servidumbres se extinguen también *cuando los predios, sin culpa del dueño del sirviente, llegan á tal estado que no puede usarse de ellas* (225 D. de Ref. núm. 272) *por cualquier accidente que no dependa de la voluntad de él.* Este caso no es, á lo menos siempre, de extinción absoluta sino de suspensión del ejercicio de la servidumbre durante el tiempo que el estado de las cosas no permite que el dominante use de su derecho; porque, verbigracia, el manantial de donde se sacaba el agua se haya secado, porque el predio por donde se pasaba esté inundado, ó porque esté derribada la pared en la que había derecho de abrir ventanas. Es evidente que no se ejercitará; pero no por eso solo se pierde el derecho á la servidumbre, como no pierde el propietario su derecho de propiedad; y así es que si en lo sucesivo los predios vuelven á su estado, de manera que pueda usarse de la servidumbre, como si reaparece el manantial, se quita la inundación, ó se construye la pared, se establece aquella, á no ser que hayan trascurrido veinte años, ó que desde el día en que pudo volver á usarse, haya trascurrido el tiempo suficiente para la prescripción; que entonces se habrá perdido por este motivo (225 Dec. de Ref. cit.)

718— Conforme al artículo del Código, no corría la prescripción de la servidumbre mientras hubiera imposibilidad de usar de ella por el estado de los predios, sin duda porque siendo entonces el no uso forzado y nó voluntario, no hay razón para atribuir negligencia al dominante, sino desde el momento en que

puede ejercitarse de nuevo la servidumbre, siguiendo el principio de que la prescripción no corre contra el que está imposibilitado de impedirla. Esto sin embargo, se oponía á la libertad natural de los predios, pues el sirviente quedaba sujeto indefinidamente á la servidumbre mientras la cosa pudiera volver al estado primitivo; y por eso, el Dec. de Ref. núm. 272 señaló el término de veinte años que, corridos, acaban siempre con la servidumbre.

719—Nótese que poco importa el modo en que los predios vuelvan á un estado que permita el ejercicio de la servidumbre; porque no es preciso que ese estado sea absolutamente idéntico al antiguo, sino que basta que sirva para hacer uso de la servidumbre. Adviértase también que, para que el sirviente pueda oponerse á que use de la servidumbre el dominante, no basta que sobrevenga un estado de cosas que imposibilite, en parte, su ejercicio. Si sólo la mitad del campo en que los ganados del dominante pueden pastar, está inundada, la servidumbre sólo cesa respecto de esa mitad, y nó respecto de la otra. Por la misma razón, si habiendo varias servidumbres á favor de un predio, el estado del sirviente sólo impide el ejercicio de alguna ó algunas de ellas, únicamente éstas cesarán, manteniéndose las otras.

720-3.°—*Por prescripción ó no uso.* Los términos y condiciones difieren, según que las servidumbres son continuas aparentes, ó discontinuas, ó no aparentes. Si la servidumbre es continua aparente, como la servidumbre de luces, se pierde por el no uso de diez años, contados desde el día en que se haya ejecutado un acto contrario á la servidumbre (225 Dec. de Ref. núm. 272).

721—Cuando la servidumbre es discontinua como la de paso, ó es no aparente como la de levantar ó no levantar más alto, el término de prescripción es también de diez años, pero contados desde el día en que dejó de gozarse (225 Dec. cit.)

722—Y si la servidumbre sólo se ejerce á largos intervalos, como cada cinco ó diez años, prescribe á los treinta años.

723—En este particular, hay que hacer diferentes observaciones. Las servidumbres discontinuas y las continuas no aparentes, no pueden adquirirse (1285 C.), y sí perderse por prescripción. Esto procede de que para la prescripción extintiva de estas servidumbres no hay los inconvenientes legales que para la prescripción positiva: hay un punto de partida seguro para comenzar el cómputo del término del no uso.

724—Debe notarse también que el Código fijaba (1302 C.) para unas y otras servidumbres diferente término, según que hubiera habido buena fe ó nó de parte del sirviente, que es aquel cuyo predio iba á exonerarse de la servidumbre. Tratándose de prescripción negativa, como es ésta, que va á producir la extinción de un derecho y que se funda por lo mismo sólo en el descuido y negligencia del que no ha usado de la servidumbre, no se explicaba por qué había de darse algún efecto á la circunstancia de que el dueño del sirviente tuviese ó nó buena fe. Esta no se requiere para la prescripción negativa, á diferencia de lo que sucede con la positiva que demanda actos formales de parte del que va á adquirir; y así, el término no debe variar por razón de buena ó mala fe, como no varía en ningún otro caso de prescripción negativa. Por estas razones, se introdujo la modifi-

cación en el Dec. de Reformas, de suerte que hoy no se atiende ya á la buena ó mala fe.

725—Hay que notar además, que la prescripción de las servidumbres discontinuas se consumaba. según el Código, por un término mayor que el de las continuas aparentes. Prescindiendo de que para la extinción de una servidumbre se pidiera mayor término que el fijado para perder el dominio que para las acciones personales (657-658 C.); hay que decir, que ó el término para prescripción de servidumbres continuas y discontinuas ha de ser el mismo, ó si ha de haber diferencia, el mayor término debería ser para la pérdida de las continuas, ya que en las discontinuas es más punible la negligencia por depender de actos del hombre, los cuales ha podido ejecutar; y no ejecutándolos, manifiesta su intención de renunciar á ellas. Así, el Decreto de Reforma suprimió la diferencia de tiempo, y para la pérdida de unas y otras servidumbres señaló el mismo término de diez años.

726—Finalmente, preciso es recordar que el principio comunmente admitido en la generalidad de los Códigos, es el de que el término de las servidumbres discontinuas se cuenta desde que ha dejado de gozarse de la servidumbre, y en las continuas desde que el dueño del sirviente ha ejecutado acto contrario á la servidumbre, lo cual difiere sustancialmente de lo que nuestro Código establecía (1302 C). Y en efecto, como el no uso debe presentarse de tal modo que demuestre el abandono del derecho del dominante, en las servidumbres discontinuas que se ejercen por hecho actual del hombre, debe bastar la simple falta de hechos actuales que ejerciten la servidumbre. No pasa lo mismo con las continuas: como éstas pueden e-

jercitarse sin hecho actual del hombre, el no uso no puede alcanzar, si no viene tras el silencio del propietario del dominante, después de un acto que tenga por objeto reconquistar la libertad del sirviente. Así es que el derecho de paso por un predio, el de sacar agua, &, deben extinguirse con solo que haya trascurrido el término legal sin usar del paso ó sin sacar agua; pero el derecho de vistas no podrá perderse por solo no haber hecho uso de él durante el término legal, por haber estado inhabitado el fundo dominante, por ejemplo; sino que habrá de ser indispensable que el dueño de él haya obstruído las ventanas, destruyendo el signo aparente, ó que el sirviente haya tenido levantada una pared que impida las vistas, ó haya prohibido al dominante que haga uso de la servidumbre; y que, después de cualquiera de esos actos, haya corrido el término legal. En esta materia pues, era mejor simplificar, como lo hacen otros Códigos, que siguen al de Chile, y adoptar un término uniforme de diez años para la pérdida de las servidumbres por prescripción, estableciendo que corren, en las discontinuas, desde que han dejado de gozarse; y en las continuas, desde que se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre. Así está hoy por el Decreto de Ref. (art. 225).

727—Al extinguirse una servidumbre por no uso, se extinguen los derechos accesorios que sólo subsisten por ella (1289 C.); y esto, áun cuando se haya seguido usando de esos medios accesorios durante el tiempo en que se consumó la prescripción de la servidumbre principal, pues aquellos no tienen más razón de ser que le existencia de la servidumbre.

728-4.°—Se acaba además la servidumbre por la *re-*

misión hecha por el dueño del predio dominante, á título gratuito ú oneroso (4.°-1302 C). Esta renuncia ha de ser hecha por persona hábil para disponer de sus bienes, y debe constar por declaración expresa, ó por hechos que no dejen ninguna duda acerca de la intención del que renuncia. Si se hace por uno de los dueños proindiviso del dominante, surtirá su efecto respecto de él, si el ejercicio de la servidumbre puede dividirse sin perjuicio de los demás; y si esto no puede hacerse, la remisión no surtirá efecto sino después de hecha la división, ó de que el renunciante adquiera las otras partes. Por analogía, debe decirse que la remisión hecha á uno de los condueños del sirviente, sólo produce los efectos compatibles con el ejercicio de la servidumbre, respecto de los otros propietarios.

729-5.°—Las servidumbres se extinguen *cuando termina el derecho revocable en virtud del cual se constituyen, ó cuando establecidas hasta cierto plazo ó bajo cierta condición, llega el plazo ó la condición se cumple* (5.°-1302 C). Es claro que el que no tiene más que un derecho revocable sobre un fundo, no puede constituir en él gravámenes que tengan más extensión que su derecho; y por lo mismo, al resolverse ó caducar éste, caducan aquellos; así es que el usufructuario, por ejemplo, no puede constituir servidumbres perpetuas sobre la finca que usufructúa, sino que las que constituya legalmente terminan al terminar el usufructo (1332 C). En cuanto al vencimiento del plazo ó al cumplimiento de la condición, no cabe duda de que pudiendo constituirse en esos términos la servidumbre, la extinción su sujeta á lo estipulado respecto del uno ó de la otra.

730—La servidumbre se acaba también *cuando el*

sirviente abandona su fundo al dominante (1294 C); pero este modo de extinción puede comprenderse en la confusión ó consolidación.

731—Acaba de verse que las servidumbres pueden prescribirse, y consecuencia de esto es que el modo de usarlas pueda prescribirse lo mismo que ellas, en igual tiempo y manera (1303 C), pues la prescripción que puede extinguir el derecho, puede también con mayoría de razón, modificarlo, ó sea, cambiar el ejercicio de la servidumbre dejándola subsistente. Siguiendo la doctrina de Rogrón, parece que siendo las servidumbres continuas aparentes las únicas que pueden ganarse por prescripción, serán también las únicas que pueden aumentarse por la misma, pero todas las servidumbres podrán ser disminuidas por prescripción, en el modo de usarlas. Si uno tiene pues, derecho de abrir tres ventanas en la pared del vecino, y ha abierto cuatro; pasado el término legal, habrá adquirido en virtud de prescripción ese aumento de la servidumbre que es continua y aparente. Mas, si el dueño de un predio tiene derecho de pastar sus ganados, en el del vecino, un día á la semana, y lo hace pastar todos los días, no podrá adquirir ese aumento por prescripción, por referirse á una servidumbre discontinua. En las de esta clase, puede ocurrir, según lo que acaba de decirse, que por no uso se pierda la ya constituida, y no se adquiera la otra, como si habiendo derecho de pasar por paraje determinado de una finca, se ha estado pasando por otro diferente por más de diez años: la primera servidumbre se habrá extinguido por el no uso; y sin embargo, no se habrá adquirido la otra, porque como discontinua, no es susceptible de prescripción.

732—Cuando el predio dominante pertenece proindiviso á varios dueños, el uso que haga cualquiera de ellos aprovecha á los demás para impedir la prescripción (1304-683 C), porque siendo su derecho sobre todo el fundo, los actos favorables á éste, deben tenerse como hechos por todos los condueños. Esto se verifica áun suponiendo que sea materialmente divisible el beneficio de la servidumbre, y que uno de los comuneros no la haya aprovechado sino en parte proporcional al derecho que tiene en ella, como si pudiéndose sacar tres barriles diarios de agua, el comunero no ha sacado más que uno, correspondiente á su tercera parte: la servidumbre podrá haberse restringido por la prescripción, pero en el estado en que quede, pertenecerá á todos los comuneros.

733—Por idéntica razón, cuando entre los propietarios hay alguno contra quien no puede correr la prescripción, v. g: menor ó incapacitado (675 C), ésta no corre tampoco contra los demás. Todo esto, que tiene aplicación respecto de los dueños proindiviso, no puede tenerla cuando está dividido el dominante: entonces puede decirse que hay tantos inmuebles como partes separadas: si la servidumbre subsiste, se debe separadamente á cada uno de ellos; y en consecuencia, no basta el uso de uno solo de ellos, ó su minoría ó incapacidad, para impedir que la servidumbre se extinga respecto de los otros.

II.

735—Los modos de extinción de que se ha hecho mérito, se refieren á las servidumbres voluntarias: las legales, establecidas en interés público ó comunal, pueden también perderse por no uso de diez años; pero como no se trata entonces de un interés privado y particular, se requiere para la prescripción que, durante el tiempo de ella, se haya adquirido por el que la disfrutaba, otra servidumbre distinta, pero de la misma naturaleza, ya que sólo así no habrá el perjuicio público que resultaría de la extinción de la servidumbre (1306 C).

736—Puede también acabar la servidumbre legal, de uso privado, por medio de convenio en que la renuncie el dominante; pero no así la que sea de uso público, como la constituida en las márgenes de los predios ribereños, porque todo convenio es nulo. Si la servidumbre se constituyó á favor de un Municipio ó población, para que el convenio surta efecto respecto de toda la población, debe celebrarse con intervención del Síndico del Ayuntamiento; pero, aunque falte ésta, la renuncia producirá acción contra cada uno de los particulares que hayan renunciado á la servidumbre (1.° y 2.° 1308 C).

637—En el lugar correspondiente se ha tratado ya de la prescripción y convenio de renuncia, relativamente á algunas servidumbres legales en particular, como las de luces y vistas, de paso y de desagüe.

TITULO VIGESIMO CUARTO.

DEL USUFRUCTO.

PARRAFO PRIMERO.

DEL USUFRUCTO EN GENERAL.

738—El usufructo, el uso y la habitación son las que, según se ha dicho, hablando de las servidumbres, se comprenden entre las llamadas *personales*; y se diferencian de las reales en que el graváмen, si bien siempre recae necesariamente sobre la cosa, ésta puede ser mueble en el usufructo y en el uso; y en que, el derecho, en las reales se constituye en provecho ó comodidad de otra cosa; y en las personales, en favor de una ó más personas. Muchos, sin embargo, no admiten esta clasificación de servidumbres personales; y entónces, segun tambien se indicó en otra parte, puesto que en el fondo la cuestión sería más bien de palabras, el usufructo, el uso y la habitación, se considerarán como derechos reales que una persona tiene sobre cosa agena. Va á hablarse en éste párrafo, 1. ° de lo que es usufructo: 2. ° de sus divisiones: 3. ° de las personas que pueden constituirlo y de los títulos de su constitución; y 4. ° de los modos como esto puede hacerse.

I.

739—Usufructo es *el derecho de usar y gozar de una cosa agena, conservando su sustancia* (1309 C). Es *un derecho*, considerado activamente, en la persona á cuyo favor está constituido, y se llama *usufructuario*; pero considerado pasivamente, en la cosa sobre la cual se ejerce, es un verdadero *gravámen*, lo mismo que sucede en todas las servidumbres.

740—Es derecho *de usar y gozar de la cosa agena*. Para explicar el valor de éstas palabras, debe recordarse que el derecho absoluto de propiedad se forma esencialmente de los derechos elementales de servirse de la cosa, ó sea *de usar*: de aprovecharse de todos sus productos, ó sea *de gozar*; y por último, de disponer de la cosa misma, ó sea de *abusar* (513 C). Cuando no están reunidos en una misma persona esos derechos elementales, hay usufructo propiamente tal, si el derecho es de usar y gozar, y queda en el dueño el derecho de disponer, que se llama *mera propiedad*, la cual, como es natural, puesto que no se da en el usufructo derecho de disponer, puede trasmitirse por acto entre vivos y por testamento (1310 C); pero siempre respetando el derecho constituido de usufructo, y no de otro modo (1339 C). Hay tambien usufructo restringido ó sea *uso*, el cual cuando recae en casas, se llama *habitación*. Es de advertir, en confirmación de esto, que si se concede un derecho de uso, expresando que es sin limitación alguna, lo que hay, en realidad, es usufructo; y efectivamente, co-

mo tal se tiene por constituido (1387 C).

741—Es indispensable que el derecho recaiga en *cosa agena*, porque si fuera sobre una propia, no sería más que una consecuencia del dominio, mientras que estos derechos suponen esencialmente la separación de algunos de los elementos de la propiedad.

742—Es preciso por último, *que se conserve la sustancia de la cosa*, pues que sin esta restricción ya no se distinguiría del dominio, ya que si se pudiese disponer de ella de cualquier modo, lo que habría sería pleno derecho de propiedad. No podrá pues, el usufructuario destruir la cosa ni venderla; debiendo advertirse que, jurídicamente, la sustancia comprende además el conjunto de las principales cualidades que hacen á una cosa propia para tal ó cual otro uso, de tal suerte que no se puede cambiar el modo de ser de la cosa, porque ha de presumirse racionalmente que el dueño quiere que se conserve no sólo la materia sino también su forma principal para que no haya alteración en la cosa sujeta al usufructo y así es que no podría cambiarse una viña en campo de repastaje. Debiendo conservarse la sustancia de la cosa, se deduce que el usufructo puede constituirse sobre bienes raíces y áun sobre muebles no fungibles, por que áun de éstos se puede usar sin destruir la sustancia; pero nó sobre cosas fungibles, porque el uso propio y general de éstas se hace destruyendo su sustancia (1309C).

743—El usufructo se diferencia del arrendamiento en que en aquel el que tiene la nuda propiedad solo está obligado á dejar al usufructuario que use y goze, por ser en la cosa el gravámen; mientras que en el otro, como hay obligación personal, por consecuen-

cia de ésta, debe hacerle gozar. En el usufructuairo hay derecho de gozar: en el arrendatario, derecho de compeler al propietario á que le haga gozar de la cosa (1707 C). El usufructo se acaba con la persona; en el arrendamiento, como se presume que los contratantes se obligan para sus herederos (1429 C), el derecho pasa á éstos (1731 C).

II.

744—El usufructo puede ser legal y convencional. Es legal *el que se constituye por disposición y ministerio de la ley;* y convencional *el que se constituye por título especial, oneroso ó gratuito, bien por contrato ó acto entre vivos, por testamento, ó por prescripción* (1312 C). El caso de usufructo legal es el que tiene lugar á favor de los padres, respecto de algunos de los bienes propios de sus hijos, mientras dura la patria potestad, y no hay dilapidación de parte de aquellos (6.°-286-7.°-296 C). Se diferencian el usufructo legal y el convencional no solo en los puntos que resultan inmediatamente de su diversa constitución, sino también en que en el usufructo legal el usufructuario no tiene que afianzar y sí en el usufructo convencional (1341 C); y en que éste no acaba por el mal uso de la cosa, y el otro sí. Conviene recordar que, por disposición de la ley, también tiene el marido, en caso de divorcio por adulterio de la muger, la administración y usufructo de los bienes que pertenecen á ella hasta entonces (172 C); y en ese caso, que es de una pena impuesta á la muger, tampoco tendrá el marido que

prestar fianza (229 Dec. de Ref. núm. 272), á no ser para retenerlos, cuando por administración imprudente ó descuidada de él, reclamase la muger que se entregaran á un administrador 173 C). Cuando el usufructo ú otro derecho real de esta especie se constituye ó reconoce por contrato ó por testamento, los títulos en que ésto conste, ó por los cuales se modifique ó extinga, deben inscribirse en el registro de la propiedad (2.°-2065 C).

III.

745—Pueden constituir usufructo, por contrato ó por testamento, los que respectivamente pueden disponer de la cosa por esos títulos (1280-1281 C); y puede constituirse á favor de todos los que, por sí ó por medio de otro, pueden adquirir por tales títulos. Los que no tienen esa facultad, tampoco podrán ser favorecidos con el usufructo; y en consecuencia, las corporaciones ó personas jurídicas que no pueden adquirir ó administrar bienes raíces, tampoco son hábiles para tener usufructo constituido sobre bienes de esa clase (1316 C).

746—Según se ha indicado, el usufructo puede también adquirirse por prescripción. El Código no fijaba el tiempo; pero exigiéndose para la pérdida de él, el mismo tiempo que para perder la propiedad por prescripción (5.°-1373 C), parecía natural establecer que para ganar por medio de ella el usufructo, se necesitaba el mismo término que para adquirir la propiedad, esto es, cinco años entre presentes y diez en-

tre ausentes; y así se encuentra hoy terminantemente declarado (226 Dec. de Ref. núm. 272). Tratándose en este caso de verdadera adquisición ó prescripción positiva, para que se admita, han de intervenir además, los mismos requisitos que para adquirir el dominio, es decir, buena fe, justo título, capacidad en la cosa y cuasi-posesión continua. Lo obtendrá pues, solo el que ha estado, por el término legal, usando y gozando de una cosa en la creencia de tener ese derecho, pero mediante un título que, por alguna circunstancia, no era hábil para constituirlo. Debe advertirse que no siempre que hay pérdida de usufructo por prescripción, hay correlativamente adquisición positiva de él: aquel que tiene usufructo á su favor y deja de usar de la cosa por el término legal, lo pierde por no uso; pero el que tiene la nuda propiedad, con la que entónces se consolida el usufructo, no lo ha adquirido por prescripción.

IV.

747—El usufructo puede constituirse desde cierto día, ó hasta cierto día, es decir, para comenzar en tal época, ó para concluir despues de tal período de tiempo. Puede tambien constituirse pura y simplemente ó bajo condición (1317 C); la cual podrá ser suspensiva ó resolutoria, segun que el usufructo no deba comenzar sino cuando la condición se cumpla: por ejemplo, si se le deja á una persona, si se casa con tal muger; ó que el usufructo empiece desde luego, pero teniendo que terminar si se realiza determinado acon-

tecimiento v. g., si se concede para que cese si tal persona regresa, ó llega á pobreza. Cuando el usufructo está constituido hasta cierto día, ó sea por plazo determinado, se tiene por corrido para el usufructuario el tiempo de impedimento por caso fortuito ó fuerza mayor, por ser independiente del propietario (1317 C). Y si al constituirse el usufructo no se determina el tiempo de su duración, la ley presume que es vitalicio, porque no sólo puede constituirse así, sino que regularmente así se constituye, y es lo que está más en consonancia con su naturaleza de servidumbre (1378 C).

748—Puede constituirse el usufructo á favor de una sola persona ó de varias; y en este último caso, simultánea ó sucesivamente (1313 C): si se constituye á favor de muchas personas simultáneamente, sea por herencia, sea por contrato, cesando el derecho de una de las personas por muerte ó cualquiera otro motivo, establecía el Código que el usufructo acrecía á las demás (1314), interpretándose que tal debió de ser la voluntad del testador ó de los contratantes al constituir el usufructo en esos términos; pero esta disposición no guardaba armonía con la de los legados en que se establece que no hay derecho de acrecer entre los legatarios, si el testador no lo establece clara y expresamente (890 C), por lo cual se modificó, poniéndolas de acuerdo, en el Dec. de Ref. 272. (art. 227).

749–Si se constituye sucesivamente, no tendrá efecto sino en favor de las personas que existan al tiempo de comenzar el derecho del primer usufructuario (1315 C). De lo contrario, resultaría establecida una verdadera vinculación, consignándose, por ejemplo, el usufructo á favor de un individuo; y después de él, á sus he-

rederos: luego á los herederos de éstos, y así sucesivamente; vinculaciones que no pueden existir entre nosotros, y que, á los inconvenientes reconocidos en todas ellas, agregarían el de hacer perpetua y totalmente ilusorio el derecho del propietario. Con ese mismo objeto, la ley hace declaración especial de que el usufructo es intrasmisible por testamento y abintestato (1310 C).

PARRAFO SEGUNDO.

DE LOS DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO.

750—El usufructo es, según se ha dicho, derecho de usar y gozar, y este uso y goce consisten en la facultad del usufructuario de hacer suyos todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados (1322 C). Se tratará: 1. ° del derecho del usufructuario en los frutos: 2. ° de los contratos que respecto del usufructo puede hacer: 3. ° de las mejoras en la cosa fructuaria; y 4. ° de los derechos en algunas clases especiales de usufructo.

I.

751—Como los frutos, mientras están pendientes, hacen parte del inmueble, tienen el mismo carácter que él y siguen su condición (2. ° 505 C.), los frutos

naturales ó industriales, pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, pertenecen al usufructuario, con la única limitación de quedar salvas las obligaciones á que la cosa esté afecta con anterioridad (1323 C), por arrendamiento hecho por el propietario, ó por venta ó donación del todo ó parte de los frutos. Por la misma razón, no pertenecerán á él sino al propietario, los frutos naturales é industriales, pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo (1324 C.); y en consecuencia, si vende la cosecha pendiente y muere antes de recojerla, no vale el contrato que debe de suponerse implícitamente celebrado bajo una condición esencial que no llegó á existir.

752—Con respecto á los gastos de cultivo en cualquiera de estos dos casos, se hallaba establecido por el Código, que ni el usufructuario ni el propietario tenían que hacerse abono alguno por razón de labores, semillas ú otros gastos semejantes (1325 C.); y esto, sin duda con el objeto de hacer entre ellos una compensación de cargas y gastos que los colocara en igualdad de circunstancias, y con el de evitar, por ese medio, los litigios, contiendas y dificultades que resultarían si hubiera de hacerse computación y abono de los gastos. Esta razón sin embargo, no parece del todo convincente, porque si el propietario tiene siempre interés en hacer los gastos, no sucede otro tanto con el usufructuario, que, viendo que ya no le tocará percibir los frutos de una cosecha, descuidará las labores, ó dedicará á ellas la parte mas pequeña que pueda de su trabajo y de sus fondos, por lo cual es mas propio y natural adoptar en esta materia el principio general de que *el dueño de los frutos tiene que pagar los gastos del cultivo.* Así ha

quedado consignado en la reforma al Código (228 Dec. núm. 272) que establece terminantemente que *el dueño de los frutos, pendientes al constituirse ó al terminarse el usufructo, es quien debe pagar los gastos del cultivo.*

753—Adviértase que la disposición de que se ha hecho mérito, en virtud de la cual el propietario y el usufructuario no tienen que hacer abono por los gastos hechos para la producción de los frutos pendientes, es en el supuesto de que ellos respectivamente hayan hecho esos gastos: no así si los ha hecho un tercero, porque no perjudica á los colonos ó arrendatarios que tengan derecho de percibir alguna porción de frutos al tiempo de comenzar ó de extinguirse el usufructo (1325 C). Así, si la finca en que se constituye éste, y cuya primera cosecha pendiente va á ser para el usufructuario, ha sido cultivada y sembrada no por el propietario sino por un tercero que no ha sido pagado, el usufructuario no puede tomar los frutos sin satisfacer esos gastos, salva su acción para cobrarlos después al propietario. La excepción pues, de abono de gastos es solo entre el propietario y el usufructuario, respecto de los hechos por uno de ellos y de los que se aprovecha el otro.

754—En orden á los frutos civiles, la regla es que pertenecen al usufructuario, en proporción del tiempo que dure el usufructo, áun cuando no estén cobrados (1326 C). Estos frutos, á diferencia de los naturales é industriales que se adquieren por la percepción, se adquieren día por día, antes de ser percibidos, y áun antes tambien de que esté vencido el plazo para su pago. En consecuencia, el usufructuario de una finca que él mismo cultiva, nada percibirá si muere

antes de recojerse la cosecha; pero si la ha dado en arrendamiento, sus herederos, al cesar el usufructo, tendrán derecho á toda la parte caída de arrendamientos.

755—Corresponden igualmente al usufructuario los frutos de los aumentos que reciba por accesión la cosa usufructuada (1329 C), porque tales aumentos, como accesorios, siguen la misma suerte que lo principal. La ley no hace distinción y por lo mismo, es aplicable á todas las especies de accesión, incluyéndose la isla y la mutación de cauce. Del mismo modo, el usufructuario tiene el goce de las servidumbres que tenga á su favor la cosa usufructuada, y generalmente, todos los demás derechos inherentes á las mismas (1329 C), porque unas y otros contribuyen á formar la manera de gozar de la cosa. Las servidumbres de que se trata, son las reales constituidas á beneficio del fundo; y en cuanto á los demás derechos, son todos aquellos que competen al propietario, en su calidad de tal, y sirven para hacer efectivo ó más eficaz el goce de la propiedad.

756—No teniéndose como frutos los productos de las minas que se adquieran por denuncia y se hallen en estado de laboreo, no corresponden al usufructuario, por razón del usufructo; pero sí le pertenecerán, si expresamente se le conceden en el título constitutivo del usufructo, ó si éste es universal, pues entonces aparece que la voluntad del propietario fue que el usufructo se extendiese á ellos. Si no están las minas cuando se constituye el usufructo, sino que durante él, el usufructuario descubre y denuncia alguna, la hace enteramente suya, con sólo la obligación de pagar al propietario, al terminar el usufructo, el impor-

te del terreno ocupado, lo mismo que tendría que hacerlo cualquiera otro, según lo prevenido en las ordenanzas de minas (1327 C). Y si fuere un tercero, ó el mismo propietario el que, durante el usufructo, descubriere y denunciare la mina, el usufructuario, según se ha visto, no tendrá derecho á ella, pero sí á ser indemnizado por los daños y perjuicios que le ocasione la interrupción del usufructo en la parte de la finca fructuaria que se ocupe ó destruya (1328 C).

757—El tesoro tampoco entra en la categoría de los frutos, y por tanto, el usufructuario no tiene derecho al que se encuentre en la finca usufructuada, á no ser que él lo haya descubierto; en este caso, tendrá derecho á la mitad, no como usufructuario, sino como inventor, al igual que lo tendría otro cualquiera (563 C).

II.

758—El usufructuario puede gozar, por sí mismo ó por medio de otra persona, de la cosa fructuaria; y puede hacer lo último, porque con ello no se perjudica el derecho del propietario, no habiendo más que una sustitución en la persona que ha de aprovecharse directamente de la cosa. Podrá pues, arrendarla ó prestarla á otro, y podrá también arrendar, gravar y enagenar el ejercicio de su derecho de usufructo, áun cuando sea á título gratuito (1330 C), pero siempre será considerado como usufructuario, respecto del dueño de la cosa, aquel en cuyo favor se constituyó. En consecuencia, cedido el usufructo

á un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario (1331 C), lo mismo que si él por sí hubiera usado de la cosa, y queda obligado por el menoscabo que tengan los bienes por culpa ó negligencia de la persona que le sustituyó (1347 C). No puede ser de otro modo porque la obligación del usufructuario es personal, y no puede eximirse de ella por un hecho sujeto exclusivamente á su voluntad, como es el de la cesión y traspaso del ejercicio de derecho, ni cambiar el deudor y persona responsable sin el consentimiento del acreedor.

759—Como la facultad de contratar respecto del derecho de usufructo, en tanto se concede al usufructuario en cuanto es compatible con los derechos del propietario; terminado el usufructo, todos los contratos que aquel haya celebrado terminan también sin ser obligatorios para el propietario. Entra éste por tanto, á pesar de cualesquiera contratos, en posesión de la cosa, y los que contrataron con el usufructuario no tienen derecho contra aquel para pedirle indemnizaciones por la disolución de sus contratos, ni por lo que se hubiera estipulado en éstos, porque su acción es meramente personal, y no pueden hacerla valer más que contra el usufructuario y sus herederos (1380 C). De no ser así, el usufructuario podría trasmitir más derechos que los que tenía, y nada sería para él tan fácil como perjudicar al propietario, haciéndole pasar por obligaciones y convenios que subsistieran más allá del término de duración de su dereecho y lo privaran indebidamente del ejercicio de su propiedad y de unos frutos que ya entonces le correspondían.

760—Al tratarse de la hipoteca, reproduce la ley

esta disposición, estableciendo que la del usufructo ó la de edificio construido en suelo ageno, se entiende siempre sin perjuicio de los derechos del propietario ó del dueño del suelo (2022 C). El derecho de usufructo no es susceptible de embargo, pero sí pueden embargarse por los acreedores del usufructuario, los productos ó frutos de la cosa en que está constituido (1319 C. y 8.°-197 Dec. de Ref. núm. 273), porque formando éstos parte de los bienes del usufructuario, están sujetos á servir para el pago de sus deudas.

761—Es también uno de los derechos del usufructuario el de poder constituir servidumbres sobre los inmuebles que usufructúa; pero esas servidumbres, lo mismo que los contratos y por idéntica razon, son temporales y sólo duran mientras dura el usufructo, terminando al terminar éste. No puede darles pues, el carácter de perpetuidad que generalmente tienen todas las servidumbres, porque extendería el ejercicio de su derecho á un término mayor de aquel por el cual le competía (1332 C.)

III.

762—El usufructuario no está obligado á hacer en la cosa en que esté constituido el usufructo, mejoras útiles ó puramente voluntarias: puede sin embargo, hacerlas, si quiere, pero carece de acción para reclamar su pago, y sólo tiene facultad de retirarlas, siempre que ésto pueda hacerse sin detrimento de la cosa (1338 C). Sólo este derecho se le concede, por-

que solo entonces se verifica que no haya perjuicio del propietario; si no obstante que la cosa hubiera de sufrir detrimento, se le permitiera separar las mejoras, se le concedería indirectamente la facultad de obligar al dueño á que se las pagase para evitar el detrimento que sobrevendría á la cosa con la separación, siendo así que el gasto queda compensado con la ventaja ó comodidad que obtiene con la mejora; y si se concediera al usufructuario acción para exijir el importe de las mejoras, se le daría el medio de compeler al propietario á un desembolso talvez crecido, que él no podría hacer ó no había estimado conveniente hacer, y por ese medio se llegaría acaso hasta privarle de su propiedad, dejándole á discreción del usufructuario. Solo el poseedor de buena fe que crée fundadamente que es suya la cosa que mejora, puede exijir el importe de las que hace (526 C), y el usufructuario no puede creer suya la cosa que usufructúa. Una disposición análoga rige en materia de arrendamiento (1738–1747 C), y por analogía también de lo que la ley dispone acerca de este contrato, puede decirse que la facultad del usufructuario de hacer mejoras se entiende con la limitación de no alterar la forma de la cosa (1736 C).

763—Finalmente, el usufructuario está autorizado para conservar y defender su derecho de aprovecharse de la cosa, y en ese concepto, tiene facultad de ejercitar todas las acciones reales, personales y posesorias, y de oponer las respectivas excepciones, así como de ser considerado como parte en todo litigio, aunque sea seguido por el propietario, siempre que en él se interese el usufructo (1321 C). Puede también pedir deslinde (1222 C. pr.)

IV.

764—Después de haber tratado de los derechos que generalmente competen al usufructuario, va á verse lo que se halla establecido especialmente acerca del usufructo de algunas clases de bienes cuya naturaleza especial ha hecho indispensables disposiciones particulares, ó aplicación determinada á ellas de las que son comunes, respecto de la forma en que se ejerce en ellos el derecho de usufructo.

765—Cuando el usufructo se constituye sobre capitales impuestos á réditos, el usufructuario solamente hace suyos los réditos y nó los capitales, porque aquellos únicamente son los que deben considerarse como frutos, y los capitales como la sustancia de la cosa fructuaria. Si llega á suceder que los capitales se rediman á virtud de pago del que los tenía á interés, deben volver á imponerse á satisfacción del usufructuario y del propietario, para que aquel pueda continuar recibiendo los réditos á que tiene derecho como frutos, mediante una imposición que dé también garantía al propietario por su capital (1333 C).

766—Si todas ó algunas de las cosas en que se constituye el usufructo, se gastan ó deterioran lentamente con el uso, como un amueblado, un juego de instrumentos de labranza, el usufructuario tiene derecho de servirse de ellos como buen padre de familia, para los usos á que están destinados; y sólo está obligado á devolverlas al extinguirse el usufructo, en el estado en que se hallen. De otra suerte, sería com-

pletamente ilusorio el usufructo, pues tendría que conservar las cosas sin ningún uso para poder restituirlas en el mismo estado en que se habían recibido, lo cual sería un gravamen más que un beneficio; y siendo esencial aquí para el uso el lento deterioro de la cosa, debe de entenderse concedido en ese concepto. Así pues, sólo que el usufructuario no haya usado de la cosa como buen padre de familia, y se haya deteriorado, bien por haberla destinado á usos diferentes de los que son propios de su naturaleza, bien porque haya habido de su parte dolo, culpa ó negligencia, será responsable del deterioro (1334 C).

767—Respecto del usufructo de montes está reconocido el derecho del usufructuario de aprovecharse de todos los productos de que sean susceptibles, según su naturaleza (1335 C). Si el monte fuere tallar, esto es, de árboles destinados á cortarse porque renacen ó retoñan, ó de maderas de construcción, puede el usufructuario hacer en él las talas ó cortes ordinarios que haría el dueño, acomodándose en el modo, porción y épocas, á las ordenanzas especiales (1336 C), porque de esa manera no puede suponerse abuso ni extralimitación de su parte. En los demás casos, no estando los árboles destinados á cortarse, el usufructuario no puede cortarlos por el pié, como no sea para reponer ó reparar alguna de las cosas fructuarias, pues es natural que con los productos del fundo se conserve y mejore la cosa; pero entonces caso, debe acreditar préviamente, al propietario, la necesidad de la obra (1337 C).

768—Para concluir, debe tenerse presente que los derechos de que se ha hablado, lo mismo que las obligaciones de que va á tratarse, proceden de las dispo-

siciones generales fijadas por la ley para el usufructo; pero unas y otros pueden modificarse por el título constitutivo de él, á cuyos términos ha de atenderse preferentemente para reglarlas (1320 C).

PARRAFO TERCERO.

DE LAS OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO.

769—Después de examinar los derechos del usufructuario, corresponde tratar de sus obligaciones: de éstas, unas preceden á la entrada en el goce del usufructo; otras tienen lugar durante él y se refieren á su ejercicio; y otras son posteriores al término del usufructo.

SECCION PRIMERA.

OBLIGACIONES QUE PRECEDEN.

I.

770—Antes de entrar en el ejercicio del derecho de usufructo, el usufructuario tiene obligación de formar, á su costa, con citación del dueño, un inventario de todos los bienes en que consiste; debiendo tasarse los

muebles y hacerse constar el estado en que se hallen los inmuebles (1.°-1340 C). Ese inventario tiene por objeto que haya una constancia exacta de cuáles son, y en qué estado y condición se encuentran, los bienes en que consiste el usufructo, para saber que es lo que el usufructuario tiene que devolver, y poder apreciar si ha usado ó nó indebidamente de los bienes, quitando así innumerables y complicadas cuestiones que, de lo contrario, se suscitarían después.

771—El inventario se hace á costa del usufructuario, porque á él incumbe la obligación de hacerlo, y á él es á quien más directamente aprovecha: no es preciso que sea judicial, á no ser que el propietario lo exija, ó que tenga interés el Estado ó algún menor ó incapacitado ó ausente (1577 C. pr.); y debe hacerse en presencia, ó por lo menos, con citación del dueño, para que surta efecto contra él y no pueda alegar que hubo fraude ú ocultación.

772—Se exige que se tasen los muebles porque respecto de ellos pudiera ocurrir fácilmente que se destruyeran ó se hubieran enagenado; y en falta de inventario en que se haga constar el estado de los bienes, debe presumirse que este era bueno, para que el usufructuario no saque provecho de la falta de cumplimiento de una obligación. La ley no exceptúa á ninguno de la obligación de hacer el inventario, así es que si el usufructuario hubiese comenzado sin practicarlo, hay derecho de exigir su formación, y está sujeto á las pruebas que en falta de él, se rindan, rigiendo la presunción de que acaba de hacerse mérito.

773—Acerca de si el usufructuario puede ser dispensado, en el título constitutivo, de la obligación de

formar inventario, la opinión común está por la negativa, y se apoya en el carácter absoluto y general de la disposición en virtud de la cual tiene que hacerse; en que en ella se contiene un precepto de moralidad y orden público para evitar los fraudes del usufructuario y prevenir los litigios que se suscitarían al terminar su derecho; y finalmente, en que en el mismo artículo en que la ley trata del inventario, trata también de la fianza, y si cupiera dispensa del primero, como cabe de la segunda, se habría expresado del modo que se hace respecto de ella. Tal opinión es entre nosotros indiscutible, una vez que se halla prevenido que nadie puede eximir á otro de la obligación de practicar inventarios en los casos en que lo ordenan las leyes (fr. 2.ª 1572 C. pr. civ.)

II.

774—La otra obligación que precede al ejercicio del derecho de usufructo, es la de dar fianza competente de que el usufructuario cuidará de las cosas en que consiste, con esmero, y de que al extinguirse el usufructo, las restituirá al propietario con sus accesiones, y sin que hayan sido empeoradas ó deterioradas por su culpa ó negligencia (2.°-1340 C). Como se comprende fácilmente, el objeto de la fianza es poner á cubierto al propietario y abraza dos puntos principales: 1.° el buen uso que se hará de la cosa; y 2.° la restitución de ella, de sus accesiones y de la indemnización debida por el detrimento ó deterioro que haya sufrido por culpa del usufructuario. Cui-

dar de la cosa con esmero, es cuidar de ella como un buen padre de familia, ó sea, hacer lo que un hombre cuidadoso tiene costumbre de hacer para la conservación y administración de sus bienes, y en términos generales, puede decirse que el usufructuario no ha de dejar desmejorar la cosa del estado en que la recibe, ni hacer de ella otro uso que aquel á que está destinada por su naturaleza y hacía de ella el propietario. Para la fianza debe presentar el usufructuario una persona que tenga capacidad de obligarse, que tenga la propiedad de bienes suficientes para responder al objeto de la obligación y que se halle domiciliada en el mismo Departamento (2241 C). Si el usufructuario no pudiere prestar la fianza á que está obligado, en vez de ella parece que cumplirá con dar una prenda ó hipoteca que sea bastante para la seguridad de la obligación que se ha de afianzar (2243 C).

775—Como sanción de la obligación de dar fianza, se halla dispuesto que si el usufructo se constituyó por título gratuito, se extinga si el usufructuario se niega á prestarla (9.°-1373 C); y que si fué constituido por título oneroso, el propietario tiene derecho de intervenir en la administración de los bienes, procurando su conservación, obligándose con fianza á pagar anualmente al usufructuario, por el tiempo que dure el usufructo, el producto líquido de los mismos, deducido el premio de administración que el Juez le acuerde (1345-1379 C). De este modo se concilian los derechos de uno y otro, ya que por ser oneroso y nó gratuito el título del usufructo, no puede darse por extinguido el derecho del usufructuario.

776—Cuando conforme al título constitutivo, el u-

sufructuario tiene que comenzar á percibir los frutos desde una fecha determinada, y no entra en el ejercicio del derecho sino algún tiempo después, por no haber prestado oportunamente la fianza previa, los frutos producidos en el tiempo intermedio son de su pertenencia (1346 C), porque una vez dada la fianza, ha cumplido la única condición que faltaba para que pudiera disponer de ellos, y el derecho del propietario se limita á exigir la fianza, á oponerse á que el usufructuario éntre en el goce de la cosa antes de prestarla; y en último término, á intervenir en la administración, pero no á hacerse dueño de unos frutos asignados al usufructuario desde el día que se fijó en el título. La fianza pues, se retrotrae á la fecha de la constitución del usufructo: la fianza es sólo para garantir el abuso y no ha podido haberlo durante ese tiempo intermedio en que el usufructuario no ha estado en posesión de la cosa; lo mismo deberá decirse si la falta es de inventario, porque hay la misma razón.

777—Están exceptuados de la obligación de prestar fianza:

1.° El padre que goza por la ley del usufructo de los bienes de sus hijos (1341 C), y ésta es una de las diferencias entre ese usufructo legal y el usufructo común. Esta excepción se funda en el vivo interés que la ley supone en los padres por mejorar en todos conceptos la condición personal y pecuniaria de los hijos, siendo injurioso suponer una mala administración y exigir una caución para prevenirla, fuera de que, respecto de la restitución de los bienes, tienen la garantía de la hipoteca legal, ó de que los inmuebles que constituyan su peculio, sean inscritos á su

nombre (2056 y 2057 C). La misma excepción tiene lugar respecto del marido (229 Dec. de Ref. núm. 272) cuando tiene el usufructo de los bienes de su muger divorciada (172 C).

2. ○ También está dispensado de dar la fianza el donante que se reservó el usufructo de los bienes donados (1342 C), porque lo natural es presumir que no ha tenido intención de imponerse ese gravamen haciendo más onerosa su liberalidad, y sería repugnante que el donatario le exigiera fianza al que lo ha agraciado generosamente, por el uso de aquella misma cosa en que consistía la donación. Otra cosa será si el donante al hacer la donación se obligó expresamente á dar la fianza, caso en que de ordinario mediará alguna razón especial, por remuneración ú otro motivo muy atendible.

3. ○ Tampoco tiene obligación de afianzar el que por el propietario ha sido dispensado de hacerlo en el título constitutivo del usufructo (1343-9.°-1373 C). La primera de las disposiciones citadas se refiere al caso de que el dueño se reserve la propiedad, lo cual haría suponer que la dispensa se concreta al usufructo constituido entre vivos; pero la segunda es general y sin limitación, por lo que ha de creerse que el dueño puede dispensar de la fianza aunque nó se reserve él mismo la propiedad, esto es, aunque se constituya por testamento. La doctrina antigua establecía lo primero, y negaba al testador la facultad de dispensar de la fianza en la propiedad cuando se habia dado á otro el usufructo, tanto para evitar el abuso del usufructuario, cuanto porque apareciendo que la voluntad del testador era que se conservase la propiedad para el heredero ó legatario de ella, no había

seguridad de que se cumpliese sin la fianza.

778—Es de notar que si el usufructo se constituye por contrato, y el que contrató quedare de propietario, se entiende que tácitamente dispensó de la fianza, si no la exigió en el mismo contrato, como habría podido hacerlo; y en esa virtud, ya no estará después obligado á darla el usufructuario. Mas si quedare de propietario un tercero, éste podrá exigir la fianza aunque no se haya estipulado expresamente en el contrato, porque como él no intervino en el acto constitutivo del usufructo, no puede atribuírsele, por el silencio respecto de fianza, tácita renuncia de ella (1344 C). Refiriéndose esta disposición sólo al contrato, el silencio del testador respecto de fianza al constituirse el usufructo, no significará dispensa de ella, tanto más cuanto que nó el mismo testador, sino un tercero, heredero ó legatario, es el que ha de quedar de propietario.

SECCION SEGUNDA.

OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO DURANTE EL USUFRUCTO.

I.

779—Las obligaciones del usufructuario durante el usufructo se resumen en la de cuidar las cosas con esmero, y la de que no se empeoren ni deterioren por

su culpa. La culpa que deberá prestar generalmente el usufructuario, en la conservación y cuidado de la cosa, será por consiguiente, la leve.

780—Haciendo aplicación de estos principios á casos determinados, hay que decir que, si el usufructo se constituye sobre ganados, el usufructuario está obligado á reemplazar con las crías las cabezas que falten por cualquiera causa (1348 C). En efecto, es de justicia que lo que proviene de esos ganados sirva ante todo, para reparar las pérdidas habidas en los mismos, de modo que el usufructuario sólo se aproveche de todas las crías que excedan del número necesario para reemplazar las cabezas perdidas: si no hubiere habido en la pérdida, dolo ni culpa del usufructuario, la reposición solo habrá de hacerse con las crías, así es que, si no las hubo, ó si las que hubo, también perecieron sin culpa, el usufructuario no tiene que reponerlas con las que él tenga por otro título, ni que comprar otras para verificarlo, porque entonces se convertiría en daño suyo el derecho de usufructo establecido en su provecho.

781—Si el usufructo se ha constituido en árboles frutales, el usufructuario está obligado á la replantación de los piés muertos naturalmente (1351 C), porque eso demanda el cuidado esmerado que de la plantación ha de tener, y el deber en que está de conservar la cosa en el estado que tenía, no menos que su propia conveniencia, pues además de aprovecharse de esos piés muertos, tomará los frutos que los nuevamente plantados produzcan. La ley habla de árboles frutales; mas no hay razón para que el usufructuario no esté igualmente obligado á reemplazar los piés de los que no sean frutales; pero, en uno y en otro

caso, es cuando hayan muerto naturalmente, y no por un accidente ó caso fortuito, como si los quema un rayo, los arranca el huracán, &.

782—Durante el usufructo puede ocurrir que haya necesidad de hacer reparaciones en la cosa, que no provengan de culpa del usufructuario, pues entonces no cabe duda que él es el obligado, y para determinar á quien incumbe hacerlas ó sufragar los gastos que ocasionen, ha de atenderse á si el usufructo está constituido por título lucrativo ó por título oneroso. Si es por título lucrativo, el usufructuario tiene que hacer las reparaciones indispensables para mantener la cosa en el estado en que se encontraba cuando la recibió (1352 C); y si lo fué á título oneroso, es el propietario quien tiene obligación de hacer todas las reparaciones convenientes para que la cosa, durante el tiempo estipulado en el convenio, pueda producir los frutos que ordinariamente se obtenían de ella al tiempo de la entrega (1356 C). Obvia y sencilla es la razón de la diferencia: en el último caso, en que se dió una retribución competente por el usufructo, se tuvo sin duda en cuenta, que la cosa producía tales frutos, y en tal cantidad, en su estado ordinario; y es natural entonces que el propietario tenga que conservar ese estado, por medio de las reparaciones indispensables, para que el usufructuario pueda aprovecharla. En el otro caso, las obligaciones del usufructuario deben tener más extensión, como que su título procede de mera liberalidad, y no sería equitativo que el propietario, además de ceder gratuitamente el derecho de recibir los frutos ó utilidades de la cosa, tuviera el gravamen de las reparaciones.

783—La regla de que el usufructuario está obliga-

do á las reparaciones no se extiende á aquellas cuya necesidad proviene de vejez, vicio intrínseco ó deterioro grave de la cosa, anterior á la constitución del usufructo (1353 C), porque los vicios y defectos que ya tenía la cosa al pasar á su poder, no pueden ser para él, motivo de erogación ni responsabilidad, y tales reparaciones no pueden tenerse como carga con motivo de los frutos. El propietario tampoco tiene que hacerlas, porque gratuito como es el usufructo, cumple con entregar la cosa en el estado en que está, sin que pueda compelérsele, por ningún título, á hacer gastos en ella, y sin que pueda fundarse contra él ninguna responsabilidad, si no hay dolo ó culpa de su parte (1355 C). Mas, aunque ni uno ni otro esté obligado, puede cualquiera de ellos hacer las reparaciones; pero en el concepto de que no puede exigir indemnización por su importe (1354-1355 C), pues hechas libremente, ha de creerse que su interés así lo demandaba, y que en hacerlo iban á tener suficiente compensación; y en el concepto también, de que si quien las hace es el usufructuario, ha de obtener antes el consentimiento del dueño, porque podría no convenir á éste que se hicieran, ya para que no se prolongara el usufructo, ya porque tuviera intención de rehacer completamente la cosa en su oportunidad, ó de que las reparaciones se verificaran de diverso modo (1354 C).

784—Ya se ha visto que cuando el usufructo se constituye por título oneroso, el usufructuario no está obligado á las reparaciones, pero sí lo está á avisar oportunamente al propietario de las que la cosa necesite; y si por falta de ellas, á consecuencia de no haberse dado aviso, se destruye, pierde ó menoscaba,

queda responsable, como es natural, el usufructuario, pues está patente su descuido y negligencia (1358 C). Aunque no esté obligado á hacer las reparaciones, puede hacerlas; pero para que tenga derecho de exigir su importe al terminar el usufructo, debe préviamente haber dado aviso al propietario (1357 C), pues si las hace sin que preceda, no se le autoriza para reclamar ninguna indemnización, tanto por presumirse su intención de no cobrarlas, cuanto porque si se le autorizara para el cobro, podría compeler indirectamente al propietario á un desembolso que él no creía conveniente hacer.

II.

785—En materia de contribuciones, las que se impongan sobre los productos, ó sean las cargas ordinarias de la finca ó cosa fructuaria, son de cuenta del usufructuario, como que él sufre la disminución de frutos que ellas ocasionan (7359 C.) Natural es, en efecto, que quien percibe las rentas y frutos soporte las cargas impuestas en consideración á los mismos, las cuales disminuyen su monto, porque aunque se paguen en dinero las contribuciones, representan la parte de frutos que el Estado tendría derecho á tomar. Y si por no hacer el usufructuario estos pagos, los hiciere el propietario para salvar la cosa fructuaria, ó ésta fuere enagenada ó embargada, debe el primero indemnizar al segundo de todo gasto (1360 C), de tal suerte que no sufra ningún perjuicio.

786—Otra tiene que ser y es la regla, relativamen-

te á las contribuciones ó cargas que recaen nó sobre los frutos sino sobre la misma cosa fructuaria, como un empréstito forzoso sobre el valor de la propiedad, una contribución extraordinaria de guerra. Estas disminuyen el mismo capital ó propiedad, y su pago es de cuenta del propietario. Si éste pues, para evitar que para cubrirlas se venda la parte correspondiente, como se haría si no se satisficieran, las paga y se conserva así íntegra la cosa, tiene derecho de que el usufructuario le abone los intereses de la suma pagada, por todo el tiempo que continúe gozando de la cosa (1361 C), puesto que en cambio se aprovecha de los frutos de la parte que deja de enagenarse á virtud del pago hecho por el propietario. Si el usufructuario hace el pago de tales contribuciones ó cargas, ha de ser reembolsado por el propietario al extinguirse el usufructo, ya que éste conserva la parte de propiedad que representa la suma pagada; pero no podrá cobrar intereses, porque se compensan con los frutos que recibe y que, de otro modo, no habría recibido (1362 C).

III.

787—Va á verse ahora lo que procede tocante al pago de deudas, relativamente al cual ha de distinguirse entre el usufructuario particular y el de una herencia ó parte alícuota de ella.

El usufructuario particular de una finca hipotecada, no está obligado á pagar las deudas para cuya seguridad se constituyó la hipoteca (1363C): pero es-

to, en caso de legado, no guarda armonía con lo establecido respecto de ellos (882 C). porque las deudas no son gravámenes ordinarios, y afectan nó los frutos sino la cosa misma. Si el usufructuario se viere precisado á pagarlas para conservar el usufructo de la cosa expuesta á perderse, en virtud de la hipoteca tiene expedito su derecho contra el propietario, sustituyéndose en la acción del acreedor, lo mismo que en el caso de que se venda ó embárgue judicialmente la finca para el pago de la deuda, en que el dueño responderá de lo que el usufructuario pierda con ese motivo; á no ser que se haya dispuesto otra cosa al constituir el usufructo (1365 C). Un caso sí hay de excepción, en que el usufructuario particular contribuye al pago de las deudas, y es cuando se han contraído para salvar de ruina el edificio fructuario, ó en beneficio de la cosa fructuaria en general, y no exclusivamente del propietario. Entonces, mediante la deuda contraida, la cosa se pone en estado de que el usufructuario la aproveche y se pagará á prorrata, en proporción al importe de la finca y al tiempo que quede de usufructo (1364 C).

788—El usufructuario de alguna herencia ó de una parte alícuota de ella, sí tiene que contribuir con el propietario al pago de las deudas del difunto, en lo que corresponde á los bienes usufructuarios, porque esas deudas son una carga que afecta y disminuye la herencia, la cual, en su conjunto, se compone tanto de la propiedad como del usufructo. Mas como la obligación del usufructuario no debe ser enteramente igual á la del propietario que va á quedar con el dominio absoluto de la cosa cuando termina el usufructo; pagando las sumas que para la satisfacción de

las deudas hereditarias correspondan á los bienes usufructuarios, tiene derecho de exigir que al terminarse el usufructo, el propietario se las restituya, puesto que conserva la propiedad de la parte de herencia que debió haberse enagenado para conservar el resto; pero sin interés (1366 C). Propiamente pues, con lo que el usufructuario contribuye es con el interés de la cantidad con que le toca concurrir por el usufructo, interés que se le compensa con los frutos que toma de toda la cosa y que, de otro modo, vendiéndose parte de ella para pagar, no percibiría.

789—En el supuesto de que el usufructuario se niegue á anticipar la suma que por el usufructo le corresponde para el pago, el propietario puede hacerlo por su cuenta, para conservar la cosa, ó hacer que se venda la parte de bienes que baste para el pago de la cantidad que el usufructuario debía satisfacer (1367-1368 C). Adoptado el primer medio, tiene el usufructuario que pagar el interés del dinero que el propietario satisfizo por él, como que, mediante ese pago, continuó percibiendo los frutos de una parte de los bienes que, de otra suerte, habría perdido; y tiene que hacer, en compensación de los frutos de esa parte, el abono de los intereses de la suma que, para conservarla en lo correspondiente al usufructo, desembolsó el propietario.

IV.

790—Es obligación del usufructuario, que dimana de la que tiene de cuidar la cosa con esmero, la de

dar inmediato y oportuno aviso al propietario, siempre que los derechos de éste sean perturbados por un tercero, sea del modo y por el motivo que fuere; y si no lo hace, es responsable de los daños que resulten, lo mismo que si él los hubiera causado por su culpa (1369 C). Justísima es tal obligación toda vez que el propietario no tiene en su poder la cosa para impedir esa perturbación: está á cargo del usufructuario: él la maneja y se aprovecha de ella, y su negligencia no debe perjudicar al propietario. Sería responsable pues, de la servidumbre que se adquiriera por prescripción, ó de la que se perdiera por no uso, por no dar conocimiento al propietario; no pudiendo su deber ser menos estricto que el del arrendatario que tiene que dar aviso al locador de cualquiera usurpación ó imposición de servidumbre que se intente contra la finca (3 5-1715 C).

V.

791—Relativamente á los gastos, costas y condenas de los pleitos que puedan ocurrir, si han versado precisa y solamente sobre el usufructo, es decir, sobre los frutos de la cosa, como si se hubiera causado un daño en ellos, ó se negara estar constituido el usufructo á favor del usufructuario, son exclusivamente á favor de éste, si se constituyó á título gratuito; y á cargo del propietario, si á título oneroso (1370 C). Si el pleito interesa sólo al propietario, el usufructuario no tiene que contribuir; pero si interesa á ambos al mismo tiempo, como si versa sobre que no era le-

gítimo dueño el que estableció el usufructo, hay que atender á si el título constitutivo fué oneroso ó lucrativo. Siendo lo primero, solo el propietario cubre todos los gastos, porque él está obligado al usufructuario por el saneamiento, bien como constituyente ó como heredero del constituyente, y esos gastos hacen parte de la garantía de saneamiento (3.°-1587 C). Si es lo segundo, ambos deben contribuir á los gastos en proporción á sus respectivos derechos, porque ambos son interesados; no hay obligación de saneamiento de parte del propietario, y el interés de cada cual, que es la medida de la acción, debe serlo también del daño ó de los gastos. Por lo mismo, el usufructuario en ningún caso estará obligado á responder por más de lo que le produce el usufructo, porque dejaría de ser un beneficio y se convertiría en un gravamen (1371 C). Lo dicho, sólo tendrá aplicación, por supuesto, cuando la parte contraria en el litigio, no haya sido condenada expresamente al pago de espensas del litigio, pues sólo entonces hay de parte del propietario ó usufructuario que hacer el gasto de ellas (1372 C).

SECCION TERCERA.

OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO, CONCLUIDO EL USUFRUCTO.

792—Terminado el usufructo, es obligación del usufructuario, restituir con sus accesiones los bienes usufructuados, y pagar al propietario, garantido

con la fianza, todas las pérdidas, menoscabos ó deterioros causados por su culpa ó negligencia (2.°-1340 C). No será responsable pues, de los ocasionados con el uso á que la cosa estaba destinada, con tal que la haya cuidado con esmero y diligencia, ni de los ocurridos por accidentes fortuitos ó hechos independientes de él y que no le sean imputables, porque las cosas perecen para su dueño. Haciendo la aplicación de estos principios á un caso especial, la ley declara que si el ganado en que se constituyó el usufructo perece del todo, sin culpa del usufructuario, por efecto de una epizootía, ó de algún otro acontecimiento no común, el usufructuario cumple con entregar al dueño los despojos que se hayan salvado de esa desgracia (1349 C), porque esos despojos no pueden estimarse como frutos.

PARRAFO CUARTO.

DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE EL USUFRUCTO.

793—El usufructo se extingue de los modos siguientes:

1.° *Por muerte del usufructuario* (1.°-1373 C). Constituido el usufructo á favor de persona ó personas determinadas, no puede durar más que el término de la vida de ellas, á menos de convertirse en una vinculación y dejar enteramente ilusorio el derecho de propiedad respecto del que lo constituye; y por eso se halla expresamente declarado que el usufructo

es intrasmisible por testamento ó abintestato (1310 C). No se opone á lo dicho la facultad que reconoce la ley de constituir un usufructo á favor de varias personas sucesivamente, porque estas han de existir ya al comenzar á ejercerse (1315 C); y si las que suceden en el derecho por razón del título constitutivo, son los herederos del usufructuario anterior, no entran á título de herederos, sino en virtud de la constitución del usufructo, de igual suerte que podría entrar cualquier estraño.

794—Si el usufructuario no muere, pero es condenado á alguna de las penas que llevan consigo la inhabilitación para la administración de bienes, el usufructo no se extingue, aunque sí podrán entregarse al propietario los bienes en que consista, obligándose á entregar anualmente al fructuario su producto líquido, en los mismos términos en que se procede en otros casos análogos (1373 C). Cuando el usufructo está constituido á favor de Corporaciones ó sociedades que pueden adquirir y administrar bienes raíces, se acaba en el momento en que aquellas se disuelvan, porque su disolución equivale á la muerte en un individuo particular (1374 C); y aunque no se disuelvan, acabará desde que pierdan la capacidad de adquirir y administrar bienes raíces, como que esa capacidad es indispensable para que puedan ser usufructuarios de tales bienes (1316 C).

795—2.° Se acaba también el usufructo *por el vencimiento del plazo por el cual se constituyó* (2.°—1373 C), puesto que más allá de ese término, ya no tendría razón de ser. Si pues, el donante ó testador establecieron, ó las partes convinieron en contrato, que el usufructo duraría solamente cinco años, es cla-

ro que cesará al cumplirse ese plazo, contado desde que aquel comenzó. En algunos casos, el término está señalado por la ley, como en el usufructo legal que tienen los padres en los bienes del hijo, y que acaba cuando acaba la patria potestad (6.° -286 C): en el usufructo constituido á favor de corporaciones ó sociedades, que no puede durar más de diez años, aunque ellas no continúen (1374 C); término que se ha fijado para que el usufructo acabe, de pleno derecho, ya que pudiendo esas personas jurídicas conservarse indefinidamente, no debía señalarse como única causa de extinción su disolución, porque fácilmente adquiriría el usufructo el carácter de perpetuo.

796—Debe advertirse que cuando el usufructo tiene plazo señalado para su terminación, en virtud de él, no podrá durar más de ese plazo aunque no haya otra causa de extinción; pero podrá durar y durará menos, si antes de su vencimiento, ocurre cualquier otro motivo legal de extinción, como si una corporación se disuelve, ó queda incapacitada para adquirir antes del plazo legal de diez años, ó si antes del término convencional muere el usufructuario (3.° -1114 C. pr.), ó renuncia válidamente el usufructo, ó se destruye la cosa en que estaba constituido, &. De lo contrario, por respetar la llegada del plazo tendría que seguirse reconociendo una personalidad ó capacidad jurídica que ya no existe, ó habría que autorizar la trasmisión del usufructo por testamento ó abintestato.

797—En algunos Códigos se halla establecido que cuando el usufructo se constituye para que dure todo el tiempo que tarde un tercero en llegar á cierta edad, durará el usufructo el número de años que

para eso deberían trascurrir, aun cuando antes de llegar á esa edad haya muerto la persona cuya vida y edad se tomaron como base, poı presumirse que el constituyente á lo que quiso atender fué á un período fijo de duración cierta, designándolo sólo en interés del usufructuario. Como en nuestro derecho no hay disposición que así lo reconozca y, por otra parte, el constituyente no tiene que referirse á la vida de un tercero si su intención es que de todos modos dure el usufructo determinado número de años; no habiendo otra causa legal de extinción, parece que ha de decirse que el usufructo acabará con la muerte del tercero, sobrevenida antes de que llegue la edad fijada, porque desde entonces se hace ya imposible que llegue á ella. Apoya esta opinión la consideración de que el caso solo sucederá generalmente cuando el tercero vaya á reportar algún provecho, como si se lega á un padre el usufructo de una casa hasta que su hijo llegue á la mayoría, siendo el objeto que se atienda á su educación ó subsistencia; y entonces, faltando el hijo, falta la razón principal de la constitución del usufructo.

798-3.° —El usufructo acaba igualmente *por cumplirse la condición impuesta para que cesara* (3.°-1373 C). Esa condición puede provenir del título constitutivo del usufructo, como si en él se dijo que éste acabaría si el usufructuario llegaba á adquirir tal capital, ó cuando regresara tal individuo; y militan entonces las mismas razones y rigen principios análogos á los indicados respecto del usufructo sujeto á plazo cierto, puesto que en realidad, la condición resolutoria del usufructo no es más que un plazo indeterminado. Puede también hallarse establecida por

la misma ley la condición resolutoria; así, aunque subsista la patria potestad, el usufructo legal acaba si los padres dilapidan los bienes del hijo (296 C), ó cuando cesa la incapacidad mental del hijo mayor de 21 años (293 C). Si la condición resolutoria del usufructo es la de que un tercero recobre la razón, y éste muriere sin recobrarla, á su muerte cesará el usufructo, porque desde entonces ya es cierto que será imposible la realización de la condición (1453 C.)

799-4.° Otro modo de concluirse el usufructo es *por la reunión del usufructo y de la propiedad en una misma persona* (4.° 1373 C); por ejemplo, si el usufructuario hereda, ó adquiere por título oneroso, la propiedad, ó el propietario rescata el derecho de usufructo. En tal caso, el derecho de usar y gozar de la cosa es una consecuencia del dominio y nó del derecho de usufructo que siempre tiene lugar en una cosa agena. Si la adquisición llega á resolverse, anularse ó rescindirse, se entenderá no haber cesado el usufructo, como si se anula el testamento en que se legaba la propiedad al usufructuario y en virtud de la cual se había ya entrado en el pleno goce de la cosa; pero si la resolución es por causa posterior á la adquisición, v. g., porque el usufructuario hubiera vendido la cosa sin reservarse ningún derecho, no renacería por ella el usufructo. Si la consolidación se verifica en una sola cosa, ó en varias partes solo de lo usufructuado, subsistirá el usufructo en todo lo demás, porque en esto no hay incompatibilidad ni puede impedirse al propietario y al usufructuario que vayan adquiriendo por partes el derecho de lo que no están disfrutando. La extinción de que se viene tratando la consideran algunos como consecuencia ó efecto necesario de la

reunión.

800-5.° —Acaba además el usufructo por *prescripción ó no uso*; siendo el término de cinco años entre presentes, y diez entre ausentes, si es de cosas raíces; y si de muebles, por el término en que se pierde su dominio que es generalmente de tres años, sin distinción de presentes ni ausentes (5.°-1373-654 C). Como se ve, se fija igual término para perder el usufructo por no uso, que para perder el dominio íntegro, sin duda por ser el uso y goce el elemento ó consecuencia más importante de la propiedad; y por lo demás, la existencia de ese medio de extinción se justifica porque si la propiedad completa, que es lo más, se puede perder por prescripción, con mayor razón el usufructo que no es sino una parte ó desmembración de ella. Si no hay más que no uso del usufructuario, el único que podrá adquirirla por prescripción es el propietario, porque otro cualquiera necesitaría tener á su favor los requisitos y actos positivos indispensables para toda adquisición por prescripción.

801-6.° *La renuncia del usufructuario* pone también término al usufructo (6.°-1373 C). Se entiende que tal renuncia puede hacerse á título gratuito ú oneroso, pero siempre ha de ser hecha por persona capaz, en el ejercicio de sus derechos: y entonces, es una consecuencia de la facultad que tiene cualquiera, dentro de los límites legales, de desprenderse de los derechos que le son inútiles ó nocivos. No valdrá sin embargo, la cesión ó renuncia hecha en fraude de los acreedores, á la cual pueden éstos oponerse (1319 C) y rescindirla, como pueden hacerlo en cualquier caso en que el deudor al enagenar sus bienes, haya come-

tido fraude en perjuicio de ellos (2360-2361 C). Los acreedores no podrán sin embargo, según la opinión más admitida, atacar la emancipación que el padre, deudor de aquellos, haga de sus hijos, por contener la renuncia indirecta del usufructo legal, porque ejerciendo el padre ese derecho personalísimo favorece á los hijos: porque es muy difícil acreditar en este caso, la intención de defraudar á los acreedores; y porque áun probada, no se puede privar al padre de una facultad inherente á la patria potestad. Si el usufructo está consignado al cumplimiento de una obligación, subsistirá no obstante la renuncia, hasta que se cumpla la obligación asegurada, ó esté vencido el tiempo en que habría concluido naturalmente, á no mediar el hecho de la renuncia (230 Dec. de Ref. núm. 272) porque ésta no puede perjudicar derechos de un tercero.

802-7.° *La pérdida de la cosa fructuaria* es otro modo de dar fin al usufructo (7.°-1373 C), pues destruida, ya no hay objeto sobre que recaiga. Para la extinción es preciso que la pérdida sea total, y si queda alguna parte de lo cosa, en ella continúa el derecho, como que el usufructo recae sobre la propiedad en su conjunto, y debe mantenerse en la parte en que subsista la propiedad. Así, si el usufructo se constituyó sobre una hacienda, quinta ó chacra que se componía de una casa, de otros edificios, de jardines y de plantaciones, si todos ó algunos de los edificios que formaban parte de ella se incendian ó arruinan, el usufructo se conserva en los que hayan quedado, en los jardines y plantaciones, y áun en el solar y materiales de los edificios destruidos (1375 C). Si el usufructo es de una casa y se destruye en parte, quedando en pie otra parte que puede ser habitada,

quedará en ésta el usufructo. Se entiende lo dicho, siempre que la destrucción no ha sido causada intencionalmente por el pro pietario, sino fortuita y casual.

803—Mas cuando el usufructo está constituido sólo sobre un edificio, y éste se arruina en un incendio, ó por vejez, ó por algún otro accidente, el usufructuario no tiene derecho de gozar del solar ni de los materiales (1375 C) porque no hay ya casa, que era el objeto del usufructo, y ha perdido así el usufructuario su calidad de tal. Lo mismo sucedería si se tratase de varios edificios que constituyeran cada uno de por sí objeto diferente del usufructo: el usufructuario de cuatro ú cinco casas, aunque estén unidas, destruida una de ellas, continuará con su derecho sobre las demás, pero no sobre el solar ni materiales de la destruida, porque hay pérdida total de uno de los objetos, y extinción total del derecho que, así como no puede existir sobre la cosa, tampoco sobre sus restos. La regla será pues, que mientras el objeto ó uno de los objetos del usufructo, no perezca más que en parte, continúa el usufructo sobre el todo en el estado en que se halle; pero cuando el objeto, único ó no, perece por completo, el usufructo se extingue y no puede recaer sobre ninguna de sus partes: aplicación de esto es que si el usufructo es en un rebaño y éste perece en parte, y sin culpa del usufructuario, continúa el usufructo en la parte que queda.

804—Si el edificio destruido se reconstruye por el dueño ó por el usufructuario, en los casos en que aquel tenga obligación de hacerlo, ó el otro (1356-1357-1376 C) quiera hacerlo, y que son de destrucción parcial, seguirá el usufructo; no así en los demás de des-

trucción completa é inculpable; que en éstos aunque el dueño reedifique, el usufructo extinguido no renacerá por sí. Es de notar por último, que cuando no hay destrucción de la cosa sino sólo impedimento temporal por caso fortuito ó fuerza mayor, para usar de la cosa, no hay extinción del usufructo (1377 C).

805-8.°—Acaba así mismo el usufructo por que haya cesado el *derecho del que lo constituyó, cuando no teniendo más que dominio revocable, llega el caso de la revocación* (8.°-1373 C.) y esto, en virtud del principio de que, acabado el derecho del que da, acaba también el del que recibe. Pueden presentarse como casos de derechos resolubles el del comprador sujeto á retroventa, y el del donante á quien sobrevienen hijos, en que el usufructo gratuito se reducirá á los términos legales, si la condición se expresó en la escritura de donación (1621-147 Dec. de Ref. núm. 272), ó en que hay revocación por ingratitud (731 C. y 149 Dec. de Ref. núm. 272).

806—La resolución del derecho del propietario ha de provenir de causa anterior á la constitución del usufructo, pues si fuere posterior no puede producir el efecto de extinguirlo porque se dejaría en manos del propietario extinguir el usufructo cuando quisiera, siendo así que la facultad que tiene para enagenar los bienes en que otro tenga el usufructo, es y no puede menos de ser, á condición de que se conserve el usufructo, gravamen real que afecta esos bienes, y nó de otro modo (1339 C).

807—El usufructo constituido por el poseedor definitivo de los bienes de un ausente, debería respetarse, áun cuando apareciera éste, ó algún heredero legal suyo, ya que al otorgarse tenía dominio y plena

capacidad para constituirlo. Es de observarse que nuestro Código es uno de los pocos que han consignado expresamente la causal de que se ha tratado, como uno de los medios de extinguirse el usufructo, medio que si es admitido en las legislaciones modernas, es generalmente por doctrina y como consecuencia y aplicación de principios generales, y nó por un precepto especial positivo.

806-8.° —La última de las causas de extinción del usufructo que enumera nuestra ley, es la de que *el usufructuario por título gratuito no dé la fianza á que está obligado, si no lo eximió de ella el propietario* (9.°-1379 C). Esto, más bien que extinguir un usufructo existente, impide que se éntre al goce de él (1340 C); y solo lo acabará cuando después de tenerlo ya, en virtud de fianza que no pueda seguir subsistiendo por cualquier motivo, no se da otra en subrogación.

809—Para concluir, se advierte que el usufructo no acaba por el mal uso que de la cosa haga el usufructuario (1379). Para remediarlo, el propietario tiene recursos competentes, estando, además, ésta á cubierto con la prestación de la fianza. En el usufructo legal del padre no sucede eso mismo, porque, según se ha dicho, se extingue por la dilapidación que haga de los bienes de los hijos (296 C).

TITULO VIGESIMO QUINTO.

DEL USO Y DE LA HABITACION.

PARRAFO PRIMERO.

DEL USO.

810—El usufructo restringido que se llama *uso*, es *el derecho que tiene una persona de servirse de cosa agena no fungible, ó de aprovecharse de los frutos de ella en cuanto basten para sus necesidades y las de su familia* (1381 C). La limitación pues, es lo que distingue el uso del usufructo; en éste hay derecho de percibir todos los frutos, aunque excedan con mucho á las necesidades; y en aquel, el límite de las necesidades es el límite también de la facultad de aprovecharse de la cosa.

811—La ley atiende no sólo á las necesidades personales del usuario, sino también á las de su familia, esto es, á las de aquellas personas, que, formándola, viven con él, porque no es natural suponer que se le quisiera hacer prescindir de lo que exigen las íntimas relaciones y la vida común con individuos que forman con el usuario esa sociedad natural. A

fin de evitar dudas y dificultades en la materia, la ley declara qué personas se entienden comprendidas en la familia, y son la muger, hijos y criados del usuario, aunque éstos hayan entrado, ó aquellos nacido después de constituido el uso (fr. 2.ª 1381) C); es decir, todos aquellos de quienes el usuario es jefe en la sociedad doméstica. Hablándose de hijos en general, la disposición es aplicable no solo á los legítimos sino también á los ilegítimos reconocidos y á los adoptivos que están en la familia civil y legal; pero no se extenderá el uso á los otros parientes que no tienen derecho á ser alimentados por el usuario y no vivían con él al constituirse el uso, porque de otro modo, el usuario podría extenderlo indefinidamente.

812—Hay que notar también que, en las necesidades personales del usuario, no se comprenden las de la industria ó tráfico á que se dedica; y así, el usuario de animales no puede emplearlos en el acarreo de los objetos en que trafica; se entiende á menos que la cosa en que se concede el derecho, por su naturaleza y uso ordinario, y por su relación con la profesión ó industria del que ha de ejercerlo, aparezca destinada á servirle en ellas (1389 C). Corresponde ya ver cómo se establece el uso, y cuáles son los derechos y obligaciones del usuario.

I.

813—El uso puede establecerse por acto entre vivos, por última voluntad ó por prescripción, lo mis-

mo que el usufructo; y se pierde de los mismos modos que éste 1382 C); pero, á diferencia de lo que pasa en el usufructo, no hay uso constituido por ministerio de la ley. Tratándose de llenar con él las necesidades personales y de la familia, también parece difícil admitirlo respecto de corporaciones.

II.

814—Siendo el objeto del uso que el usuario se aproveche de la cosa para satisfacer sus necesidades personales, tendrá derecho de que esté en su poder, cuando eso sea indispensable para conseguir aquel fin (1384 C); pero no podrá, en ningún caso, ceder ni arrendar su derecho (1383 C). Esto, que constituye una diferencia importante con el usufructo, se funda en que como éste da derecho á todos los frutos, es igual para el propietario que goce de la cosa el usufructuario directamente, ó cediendo ó arrendando su derecho; mientras que, midiéndose el uso por las necesidades de la familia, y siendo éstas diversas, según las familias, es preciso que el usuario se aproveche directamente. Hay además, la consideración de que generalmente, el uso es una prestación de alimentos, y cediéndolo ó arrendándolo, se faltaría al objeto de que estén atendidas de presente las necesidades del usuario. Tampoco puede hipotecarse, á diferencia del usufructo (5.° -2024 C); y tampoco puede ser embargado (197 Dec. de Ref. núm. 273).

819—La ley da derecho al usuario para pedir indemnización al propietario que hubiere ocultado el

vicio no manifiesto de la cosa sujeta al uso, por los daños que de él le resulten (1385 C). Esta disposición sólo procederá, por lo menos respecto del uso constituido gratuitamente, cuando el propietario haya obrado de mala fe, á sabiendas del vicio que tenía la cosa: y limitada, por lo demás, al uso, no se puede extender al usufructo, y no se encuentra sin embargo, razón que justifique una resolución diferente en el particular, entre uno y otro.

III.

816—Cuando el usuario consume para sus necesidades todos los frutos que produce la cosa, es en realidad usufructuario de ella; y no debiendo ser de mejor condición que éste, queda obligado á todos los gastos de cultivo y pago de contribuciones. Si sólo consume parte de los frutos, y al propietario le queda una parte bastante de ellos para cubrir los gastos, el usuario no debe contribuir con nada, porque destinados los productos libres de la cosa á satisfacer sus necesidades personales, no han de mermarse, á menos que así esté dispuesto en el título constitutivo; pero si la parte de frutos que quede al propietario no alcanza á cubrir los gastos y satisfacer las cargas, el usuario tendrá que contribuir con lo que falta, pues la obligación del propietario es que el usuario se aproveche de los rendimientos de la cosa, los cuales solo existen después de pagados los gastos y cargas de la cosa; pero no contrae además, el com-

promiso personal de pagarlos para que quede al usuario mayor cantidad de frutos de que aprovecharse (1386 C).

817—Antes de concluir, hay que tener presente que, fuera de las disposiciones especiales de que se ha hecho mención, todo lo establecido en orden al usufructo es aplicable al uso, con las modificaciones naturales á la limitación de éste á las necesidade personales y de la familia (1388 C.)

PARRAFO SEGUNDO.

DE LA HABITACION.

818—La *habitación*, en rigor no es más que el uso de una casa ó edificio, y consiste en *el derecho de vivir en una casa ó edificio ageno sin pagar arrendamiento*. El que tiene derecho de habitación ocupa la casa y puede habitar todas las piezas destinadas al efecto; y recibir además á otras personas en su compañía. El derecho de habitación de una casa es, en cierto concepto, más restringido que el de usufructo ó uso de ella, pues á virtud de aquel no pueden usarse las otras partes del edificio no destinadas á la habitación, ni cogerse los productos de él (1390 C). En otro concepto, puede ser más extenso que el uso, por que en virtud de él se pueden ocupar todas las habitaciones mientras que, en virtud del uso, solo las indispensables.

819—Tienen aplicación al derecho de habitación las otras disposiciones relativas al uso (1383-1391-1382-1394-2386-1392-1393 C); y lo mismo que éste, no puede ser hipotecado ni embargado (5. ° 2024 C. y 197 Dec. de Ref. núm. 273).

Fin del libro segundo,

ÍNDICE
DEL TOMO SEGUNDO.

LIBRO SEGUNDO.

PAGINAS.

Título primero.—De las cosas y sus divisiones.. 3
Título segundo.—Del derecho de propiedad, ó dominio y sus efectos; y de los modos de adquirirlo 30
Título tercero.—De la posesión................. 46
Título cuarto.—De la ocupación 63
Título quinto.—De la accesión 78
Título sexto.—De la prescripción 106
Título sétimo.—De la enagenación.............. 163
Título octavo.—Del modo de adquirir el dominio por herencia 173
Título noveno.—Del testamento................ 177
Título décimo.—De lo que se permite y de lo que se prohibe á los testadores............... 209
Título undécimo.—De la institución de heredero 222
Título duodécimo.—De la sustitución. 233
Título décimo tercio.—De la aceptación y renuncia de la herencia y del beneficio de inventario 236

Título décimo cuarto.—De los legados.......... 243
Título décimo quinto.—De los albaceas... 261
Título décimo sexto.—De la sucesión legal..... 267
Título décimo sétimo.—Del parentezco y modo de computar los grados 281
Título décimo octavo.—De la representación..... 287
Título décimo noveno.—De la porción conyugal 293
Título vigésimo.—De la partición de bienes hereditarios 294
Título vigésimo primero.—De las servidumbres en general.. 321
Título vigésimo segundo.—De las servidumbres legales...................... 334
Título vigésimo tercero.—De las servidumbres voluntarias... 380
Título vigésimo cuarto.—Del usufructo....... 402
Título vigésimo quinto.—Del uso y de la habitación.............................. 445

Fin del Tomo segundo.